

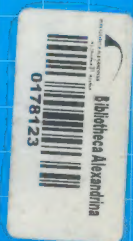
رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

هشام محمد فوزي

تقديم

محمد مرغني خيرى



ملحوظة

ورد محتوى هذا الكتاب بصورة أكثر تفصيلا وإسهابا في رسالتنا للدكتورة بعنوان رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر التي نوقشت في ٢١/٤/١٩٩٨، وحصلت على تقدير جيد جدا مع التوصية بتبادلها مع الجامعات الأجنبية، وقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم من كل من:

١.أ.د. محمد ميرغنى خيرى

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس مشرفا - ورئيسا.

٢.المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق - عضوا

٣.أ.د. ربيع أنور فتح الباب

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس عضوا.

مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

- هو هيئة علمية وبحثية وفكرية تستهدف تعزيز حقوق الإنسان في العالم العربي ويلتزم المركز في ذلك بكافة المواثيق والعهود والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان. يسعى لتحقيق هذا الهدف عن طريق الأنشطة والأعمال البحثية والعلمية والفكرية بما في ذلك البحوث التجريبية والأنشطة التعليمية.
- يتبنى المركز لهذا الغرض برامجاً علمية وتعليمية، تشمل القيام بالبحوث النظرية والتطبيقية، وعقد المؤتمرات والندوات والمناسبات والحلقات الدراسية. ويقدم خدماته للدارسين في مجال حقوق الإنسان..
- لا يخرط المركز في أية أنشطة سياسية ولا ينضم لأية هيئة سياسية عربية أو دولية تؤثر على نزاهة أنشطته، ويتعاون مع الجميع من هذا المنطلق.

مجلس الأمناء

د. إبراهيم عوض (مصر)	د. عبد المنعم سعيد (مصر)
أ. أحمد عثمانى (تونس)	د. عزيز أبو حمد (السعودية)
أ. اسمي خضر (الأردن)	د. غانم النجار (الكويت)
أ. السيد ياسين (مصر)	أ. فاتح عزام (فلسطين)
د. أمال عبد الهادي (مصر)	د. فيوليت داغر (لبنان)
د. سحر حافظ (مصر)	د. محمد أمين الميداني (سوريا)
د. عبد الله النعيم (السودان)	د. هيثم مناع (سوريا)
أ. هاني مجلي (مصر)	

منسقة برنامج المرأة	مدير البحوث	المدير التنفيذي
أمال عبد الهادي	جمال عبد الجواد	علاء قاعود

المستشار الأكاديمي	مدير المركز
محمد السيد سعيد	بهي الدين حسن

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

الدكتور هشام محمد فوزى عبد الفتاح

المستشار المساعد بمجلس الدولة

عضو هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا «ندبا»

تقديم:

الدكتور محمد مرغنى خيرى

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس

رقابة دستورية القوانين

هشام محمد فوزي

© حقوق الطبع محفوظة ١٩٩٩

الناشر : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

٩ شارع رستم - جاردن سيتي - القاهرة

تليفون : ٣٥٤٣٧١٥ - ٣٥٥١١١٢

فاكس : ٣٥٥٤٢٠٠

العنوان البريدي: ص ب: ١١٧ مجلس الشعب-القاهرة

E.mail cihrs@idsc.gov.eg

إخراج : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

رقم الإيداع

٩٩ / ١٩٢٣

الترقيم الدولي

I.S.B.N.

بسم الله الرحمن الرحيم
من يهتد إلى الله فهو المهتد
ومن يضلل فلن نجد له وليا مرشدا
سورة الكهف « آية ١٧ »

إهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى،

١. شيوخ قضاة مصر أعضاء المحكمة الدستورية العليا، عله يكون آية على جيل
من قضاة مصر، وقرفى قلبه وضميره وصادقه وعقله وعمله ما ترسيه المحكمة
المبجلة من مبادئ سامية.

٢. العالم الجليل والوالد النبيل الأستاذ الدكتور/ محمد مرغنى خيرى، المشرف
على الرسالة، تعبيرا عن الحب والعرفان والتقدير.

٣. زوجتى السيدة/ جيهان صادق. المسئول الإعلامى بالأمم المتحدة، UNICEF..
لجهودها الجبارة المساهمة فى إعداد هذه الرسالة.

كلمة الرسالة

يقول الكسندر هاميلتون - أحد واضعي الدستور الأمريكي - «إن الحقوق التي ينبغي تقديسها للبشر لا يجوز أن يكون بحثنا عنها من خلال أوراق، أو وثائق عتيقة أو بالية، بل يتعين النظر إليها باعتبار أن يدا إلهية صاغتها ودونتها، كأشعة الشمس في سجل البشرية، ويستحيل بالتالي أن تمحوها أو تعرقلها سلطة دنيوية تتعرض للفناء».

ويقول القاضي روبرت جاكسون - عضو المحكمة العليا الأمريكية منذ ١٩٤١ إلى ١٩٥٥ - «إن نهائية ما يقضى به قضاة المحكمة العليا لم يأت من عصمتهم، بل إن العصمة حقا مردها لتلك النهائية».

We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.

تقديم

لقد سعدت أعظم سعادة لما أخطرني أحد تلامذتي السابقين بالدولومات وهو المستشار المساعد/ هشام محمد فوزي برغبته في أن أشرف على رسالته للدكتوراه بعنوان/ رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، ومرد ذلك إلى أمرين.

أولهما: أن رقابة دستورية القوانين أمر شديد الأهمية ولا يمكن إغفاله، إذ بدأ كل مواطن في مصر يشعر بأهمية تلك الرقابة وينورها المؤثر في حياته، وذلك على الأخص منذ بداية التسعينيات من هذا القرن، إذ نشطت محكمتنا الدستورية العليا بصورة غير مسبوقه ولا معهودة في رقابتها للدستورية، وتدخلت تلك المحكمة في كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية بجرأة تحسد عليها لدرجة أنه لو حافظت المحكمة على نهجها فربما يمكن الاستغناء عن منظمات حقوق الإنسان اعتمادا عليها.

ثانيهما: أن ابني/ هشام ينتمي إلى قضاء مجلس الدولة، وقضاهما التشريعية والدستورية - في اعتقادي - صنوان أو وجهان لعمله واحدة، ومن ثم فإن قضاء التشريعية والدستورية يفهمون بعضهم البعض أكثر من غيرهم، إذ يسيرون على وتيرة واحدة دون تمسك حرفي بقوال جامدة، وهكذا يكون قاضي التشريعية مسلحا - ومن زاوية أولية - بما يلزم لسبر غور المسألة الدستورية وفهم كنهها ومحتواها بعد إزالة ضبابها وضلالاتها، بل يمكنه أن ثابر وجاهد الإضافة إليها - كما فعل الباحث.

وقد لاحظت على الباحث إبان سنوات إعداده للرسالة تحمسه البالغ للموضوع وحرصه على دراسة الوضع المقارن في أمريكا بنوع من التفصيل.

ويعد أن انتهى إعداد الرسالة واشتد عودها واستوت على سوقها لاقت ما تستحقه من تقدير وثناء من لجنة المناقشة والحكم التي شرفت برئاسة.

والواقع أنه قدمت العديد من الرسائل التي تناولت موضوع رقابة الدستورية في مصر إلا أن لهذه الرسالة الحالية سمة خاصة حيث إن معدها قد أمكنه الرجوع مباشرة إلى أحدث الأحكام الصادرة في الولايات المتحدة الأمريكية - مهد الرقابة على دستورية القوانين - ولذا فإن إعدادها بعد حوالي أربعين عاما من الرسالة الأولى في الموضوع التي أعدها الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد ويعد عشر سنوات من رسالة المستشار الدكتور عادل عمر شريف، كان أمرا غاية في الأهمية، وحالف التوفيق توقيت إعدادها، حيث عاصر مرحلة كانت محكمتنا الدستورية العليا في أوج نشاطها.. ونأمل أن تستمر عليه إن شاء المولى.

وبالترتيب على ما تقدم فإن هذه الرسالة تعد ركيزة أساسية في الموضوع ولا يجاريها إلا القليل ومما يدعم وجهة نظري الأنفة وجود مردود على كبير لما طرحته الرسالة من أفكار تمثل له على النحو التالي: -

١ - هاجمت الرسالة بشدة الرقابة السياسية وأوضحت عيوبها ومآخذها وقد حدث عملا أن حوكم المفكر الإسلامي رجاء جارودي استنادا لقانون "جيسو" والذي يحظر أي مناقشة أو بحث للقرارات التي صدرت عن محكمة نور مبرج لمجرى الحرب العالمية الثانية، وبالتالي يحظر أي بحث أو تساؤل عما تعرض له اليهود على يد النازي، ولكننا نطمح الهجوم الكبير الذي تعرض له هذا القانون بحسبانه يخل بحرية التعبير لدرجة أن البعض اعتبره مشبوها في دستوريته من واجهته، ومع ذلك فلم يكن هناك حيلة أمام القضاء الفرنسي سوى

تطبيقه، وهكذا يتحول القضاء في ظل الرقابة السياسية لكافة صماء لتطبيق القوانين دون بحث دستوريته.

٢ - تعرضت الرسالة لنظام المحقق المستقل، وقد تابع العالم أجمعه التحقيق مع الرئيس الأمريكي بيل كلينتون استنادا لهذا النظام نظرا لاتهامه بعلاقة أئمة مع الدعوة مونيكا لورينسكي المتدربة السابقة بالبيت الأبيض.

٣ - طالبت الرسالة بتعيين المرأة كقاضية، وكنا نلمس كيف أصبح يعلو نغمة هذا المطالب حاليا في وسائل الإعلام - بغض النظر عن موقفنا الشخصي من الأمر - بل إن نادي القضاة عقد مؤتمرا في هذا الشأن، وعينت مؤخرا امرأة لأول مرة كرئيس النيابة الإدارية.

٤ - امتدحت الرسالة أداء المحكمة الدستورية العليا الاقتصادي خاصة حكمها الهام المتعلق بضرورة الحفاظ على سلطة البنك المركزي على البنوك التجارية إذ إن العودة إلى اقتصاد السوق في ظل ظروف العرض والطلب لا يعني أن تكون الحرية إلى منتهاها، إذ أن انهيار البنوك كارثة كبرى.

ونلمس حاليا جميعا الانهيار الذي حدث للنول المسماة بالنموذج الآسيوية والذي مرددة وفقما أعلن السيد رئيس الجمهورية - بعد دراسة أجرتها الحكومة للأمر لتفادي حدوثه لدينا - إلى ضعف إشراف الدولة على البنوك والانتماء في هذه الدول، وهو الأمر الذي منعت مسبقا المحكمة بحكمها الأنف.

٥ - ولعل أهم نقطة تؤكد وجهة النظر في أهمية هذه الرسالة هو أن الباحث قد أفرد مبحثا كاملا لمبحث مشكلة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية العليا عامة والخطورة الكبيرة التي تعود على المحكمة منها وخاصة فيما يتعلق بعدم دستورية القوانين الضريبية وحاول تقليل الخطورة الآتفة بالاعتداد بالتقادم، وقد صدق حدس الباحث، إذ ما هي إلا أيام معدودة بعد مناقشة الرسالة وصدر بالفعل القرار الجمهوري رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ناصا على أنه «ويتربط على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم ذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم بعدم دستورية هذا النص».

وقد أنشراح صدرى لما علمت بتحتمس مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان لطبع هذه الرسالة ونشرها للفائدة المرتجاة من هذا الأمر، ذلك أن الثقافة الدستورية إذا ما انتشرت بين أبناء الوطن هي الحامي الحقيقي للمحكمة الدستورية وللدستور بالتالي.

وأمل نهاية أن يحتذى الباحثون بهذه الرسالة وأن تجزيهم إلى القانون الدستوري، إذ لازال الأمر يحتاج إلى العديد من الرسائل في هذا المجال.

وليحفظ الله الأمة العربية والإسلامية

وليحفظ الله الوطن

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أستاذ دكتور/ محمد مرغنى خيرى

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق جامعة عين شمس

مقدمة

إن موضوع الرقابة على دستورية القوانين هو موضوع عظيم الشأن بحسبان أنه هو الوسيلة اللازمة لرد طغيان السلطة التشريعية وإرجاعها إلى حوزتها الدستورية، ومن ثم فهو الوسيلة الأساسية لضمان نفاذ القاعدة الدستورية، وبغيره ربما تفقد تلك القاعدة خلوا من جزاء موضوعي على مخالفتها. ولهذا فإن النول ذات السياسات الجامدة ما فتئت تهتم بهذا الموضوع صونا لدستورها ومحافظة على سموه.

وما من شك في أن التجربة الأمريكية هي التجربة الرائدة في هذا المجال، وقد بدأت بقضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية ماريبري ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، إذ أكدت المحكمة حقها في رقابة دستورية التشريعات أو بالألق الامتناع عن تطبيق التشريعات التي ترى تعارضها مع الدستور وأعملت بالفعل لازم ذلك ومقتضاه، ومنذ ذلك التاريخ وحتى كتابة هذه السطور لازالت التجربة الأمريكية تطور من الرقابة وحوزتها وقبورها.

والحق أن موضوع الرقابة الدستورية في أمريكا تتاوله بشكل شامل ومتعمق أستاذنا الدكتور/ كمال أبو المجد في رسالته في هذا الشأن والتي تمت مناقشتها في ٨ فبراير ١٩٥٨ وبعد ذلك جاءت رسائل أخرى لتتناول هذا الموضوع، ورغم تقديرنا لها، إلا أنه مازال في الجعبة الكثير مما يمكن بذله لتغطية هذه التجربة الرائدة والاستكمال ما توقفت عنده الرسائل.

وإذا كان ما سلف هو سبب اختيارنا هذا الموضوع للبحث فيه فإن هناك سببا آخر دفعنا إليه ولا يقل أهمية عن السبب الأول ألا وهو أن التجربة المصرية تتطور هي الأخرى تطورا كبيرا وخاصة منذ إنشاء المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ والتي خلفتها المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٧٩، والمتتبع لأحكام المحكمة الأخيرة يجد أن تلك المحكمة تقترب في الكثير من اتجاهاتها من أحكام المحكمة العليا الأمريكية، ومن ثم فإن فهم رقابة الدستورية في أمريكا وتحليلها وفهم رقابة الدستورية في مصر وتحليلها والموازنة والمقارنة بين النظامين، سوف يساهم ولاغرو في إثراء الفكر القانوني وسوف يكون له نتائج العملية.

وهذا التقارب بين أحكام المحكمتين لا يعني وحسبما أدعى تبعية محكمتنا المصرية لنظيرتها الأمريكية أو تقيدها بالدستور الأمريكي، وإنما مرده الحقيقي إلى أن المبادئ الدستورية باتت ذات مفهوم عالمي مستقر في الضمير الإنساني، وأصبح مألوفًا ظاهرة هجرة المبادئ الدستورية، فلما يعرض قضاء على محكمتنا الدستورية فإنها تتأمل في المبادئ المستقرة عالميا في المحاكم الدستورية والدولية المختلفة وأولها وأهمها المحكمة العليا الأمريكية بحسبانها أقدم تلك المحاكم عمرا وأكثرها خبرة وأمتنها ثباتا واستقرارا، لتستأنس بتلك المبادئ في إطار من الالتزام بأحكام الدستور المصري.

هذا ولاتمد العبرة حقيقة بحرفية النص الدستوري، وإنما بتلك المبادئ المستقرة في الضمير الإنساني والتي تشق ضمنا من نصوص الوثيقة الدستورية، ولذلك نعلمنا أن تكون كلمة الرسالة هي تلك التي قررها إلكسندر هاميلتون والمؤيدة للمعنى الآنف.

ويوجد سبب آخر للتقارب هو أنه وإن جاز القول بأن المحكمة العليا الأمريكية هي المصنف الأول عالميا على مستوى المحاكم الدستورية، فإن محكمتنا وإن كانت حديثة النشأة إلا أنها لاتقل عن ذلك الترتيب كثيرا فهي ذات أداء عالمي أيضا، ومن ثم من الطبيعي نتيجة هذا التقارب في المستوى أن يتناغم الأداء بين كلتا المحكمتين فتتداخل المعاني وتتضافر الجهود ليجد تقارب شديد في تلك الأحكام التي تحمي حقوق الإنسان

على اختلافها السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ومع ذلك فالاختلاف بين المحكمتين موجود وقائم في بعض الأمور مثل المسائل الدينية والتي تتأثر باختلاف النصوص الدستورية حولها والبيئة المحيطة، فبينما تتدخل الشريعة الإسلامية بنصوصها قطعية الثبوت والدلالة لتكون هي مناط قياس دستورية أى نص تشريعى تم إصداره بعد التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ يجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، نجد أن الحرية الدينية هي الأساس وفق نص التعديل الأول للدستور الأمريكى.

وبعد، فلعل هذه الدراسة ومثيلاتها تكون فاتحة شهية لفقهاء القانون العام نحو مزيد من البحث في القضاء الدستوري المقارن، فمن عجب أن فقه القانون العام يضع جل تركيزه على القضاء والقانون الإداريين رغم استقرار مبادئهما كذلك المتعلقة بالموظف العام والمرفق العام والتي تكاد تكون قد قتلت بحثاً، بينما يهمل القضاء الدستوري ويترك العبء كله للمحكمة الدستورية.

ونرى أن القضاء الدستوري - قياساً على سوق المال المصرى إن جاز ذلك القياس - هو سوق صاعد واعد والاستثمار الفقهى فيه شديد الربحية والمحكمة الدستورية في أمس الحاجة إليه تحقيقاً لاتساع الفائدة وعظم النفع.

وفى ظل عالم أحادى القطبية وبعد إقرار اتفاقية الجات وبخول العالم فى اتفاقيات ومعاهدات لابد أن تتسق مع القالب الأمريكى، فإن نمط المدرسة الأمريكية سوف ينمو يقيناً على مستوى العالم كله على حساب النمط اللاتينى أو الفرنسى، ولن يقتصر ذلك على المجال الدستوري فحسب وإنما ينتظر أن يشمل كافة الأفرع القانونية.

وسوف ننتهج - إن شاء الله - فى هذه الرسالة منهج بحث قضائى مقارن يعتمد على التحليل القضائى المقارن لأحكام القضاء الدستوري الأمريكى والمصرى مع تناول آراء الفقه الأمريكى والمصرى كلما كان ذلك ضرورياً.

وقد قسمنا هذه الرسالة إلى خمسة أبواب رئيسية وباب ختامى، وقد خصصنا الباب الأول لوقابة دستورية القوانين من حيث نشأتها فى كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر، موضحين فيه تشكيل المحكمة التى تتولى الرقابة محلها.

وفى الباب الثانى تناولنا كيفية تحريك الرقابة، حيث يوجد ثلاثة طرق فى كل من أمريكا ومصر، طريق مشترك بين البلدين وهو طريق الدفع بعدم الدستورية، أما الطريقتان الأخران فهما فى أمريكا طريق أوامر المنع وطريق الأحكام التقريرية وفى مصر طريق الإحالة وطريق التصدى.

وطالما كانت هذه الرسالة تقوم على منهج بحث قضائى مقارن فقد رأينا أنه من الأنسب أن نخصص الباب الثالث لذلك الغرض، لإيضاح التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لدستورية القوانين واتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى ممارستها للرقابة مع التركيز على محكمة التسميعات، وهى تلك التى رأس معظم فترتها المستشار الدكتور/ عوض المر- وحتى كتابة هذه السطور.

أما الباب الرابع فقد خصصناه لبيان العوامل المؤثرة فى إصدار الحكم الدستوري، إذ إن الحكم الدستوري منطقاً وأسباباً والذى درسناه تفصيلاً بالباب الثالث هو خلاصة عوامل تتضافر وتجمع لتؤدى إليه، وقد ركزنا على تلك العوامل موضحين أهمها وهى مبدأ التقيد الذاتى وهو عبارة عن ضوابط لممارسة

الرقابة تمنع القضاء الدستوري من الانحراف عن أداء دوره إما إيجاباً بأن يتحول إلى حكومة القضاء أو سلباً بتقاعسه عن القيام بمهمته الدستورية.

والحق أن نشاط المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في بعض فترات تاريخها قد بلغ البعض إلى الاعتقاد بأنها قد تجاوزت دورها فبدأ التفكير في تقييدها بل وإلغائها، وهو الأمر الذي حدث مثيله بمصر بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا ومن ثم فقد خصصنا الباب الخامس لتلك المحاولات، والذي اشتمل على فكرة الحوار الدستوري بوصفها مانعة من التصادم بين القضاء الدستوري والسلطتين التشريعية والتنفيذية، وتقوم على خطأ المبالغة في الاعتقاد في السيادة القضائية المطلقة وفي اعتبار القضاء الدستوري حامى حمى القواعد الدستورية، إذ قد يحمل ذلك ما لا يطقه ولا يقرر عليه.

وقد أكد ذلك ما قرره رئيس المحكمة العليا الأمريكية «ايرل وارن» ذات مرة، من أنه يجب على القضاء أن يلعبوا دوراً محدوداً في النظام السياسي إذ تقع مسئولية وضع القواعد المتفقة مع الدستور على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل إنه حتى في ذلك المجال لا يجب زيادة الانتكال على السلطتين الانفتحت بحسبان أن ذلك مسئولية كل مواطن.

هذا ومما يؤكد ما سلف أن الرئيس الأمريكي «جيمس بوكانين» كان قد ذكر ذات مرة أن ما تنقسم عليه الأمة الأمريكية بصدد مسألة العبودية تختص به المحكمة العليا دستورياً، وكان جزاء تحميل المحكمة لهذه المسئولية وحدها هو أن حكمها في قضية «العيد ردد سكوت» قد أدى إلى قيام الحرب الأهلية الأمريكية.

والخلاصة أنه لاحتياجية الحرية والديمقراطية ولإبادة الحكومة المقيدة بغير رفض للسيادة المطلقة للسلطات الثلاث في الدولة.

وإذا استقرت فكرة التقييد الذاتي لدى القضاء، فلا خوف على مستقبل الرقابة إذ سيكون أكثر إشراقاً وفتحاً وهو ما ختمنا به الباب الخامس.

فإذا استوى الأمر على ما تقدم فقد خصصنا الباب الأخير والختامى من هذه الرسالة ليكون باباً تقييمياً لكلتا التجريبتين الأمريكية والمصرية موضحين الدور الدستوري لكلتا المحكمتين، والدروس التي يمكن الاستفادة بها من التجربة الأمريكية علها تكون مرشدة للمحكمة الدستورية العليا المصرية في حاضرها ومستقبل أيامها، وختمناه ببعض التوصيات.

وإذا كانت القاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير، وإذا كانت التجربة المصرية حديثة العهد مقارنة بنظيرتها الأمريكية العتيقة في العمر فلا بأس أن تستفيد الأولى من الثانية فتأخذ محاسنها وتتجنب مآخذها ومثالبها.

وإذا كانت المحكمة العليا الأمريكية قد مرت بمحنة قاسية إبّان عهد الرئيس «روزفلت» لتجاوزها لحدودها الدستورية، فلا بأس أن تتجنب المحكمة الدستورية العليا المصرية حدوث مثل هذا الاصطدام بأن تقيّد نفسها داخل حدود الرقابة.

وبعد فهذه الإرهاسات وغيرها سنحاول عبر أبواب وفصول هذه الرسالة أن نوضحها، راجين من المولى العلى القدير أن يوفقنا لما فيه الخير...

الباب الأول

نشأة الرقابة الدستورية في أمريكا ومصر

الفصل الأول

نشأة الرقابة الدستورية في أمريكا

«مصادرها - تشكيل المحكمة العليا التي تتولاها - محلها»

تقسيم:

رقابة الدستورية في أمريكا هي رقابة امتناع عن تطبيق النص المفضى بعدم دستوريته وهي ليست رقابة إبطال كما هو الحال في مصر، ومرجع ذلك إلى أن رقابة الدستورية تكاد تكون المحكمة العليا الأمريكية قد خلقتها خلقا رغم غياب النصوص الدستورية الصريحة المؤيدة لها.

ونرى أن هناك مصادر ساهمت مجتمعة في نشأة تلك الرقابة وتدعيمها وهي النص الدستوري مع بعض التجاوز في تفسيره، ووجود رقابة سابقة على ماربرى، ونوايا واضعى الدستور، ومبدأ الفيدرالية، وسابقة ماربرى ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، وأخيرا حقيقة دور المحكمة العليا الأمريكية في المخطط الدستوري وعدم تعارضه مع الديمقراطية الحقيقية، ويعنى آخر زوال التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية.

وسوف ندرس كلا مما سلف في المبحث الأول، وفي المبحث الثانى سنهتم بكيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية بحسبان أن هذه المحكمة ترأس كافة المحاكم الأمريكية، وهي صاحبة الفضل في الرقابة الدستورية وفي تقييم القضاء الدستوري لكافة المحاكم الأمريكية الأدنى منها.

وأخيرا سنعرض في مبحث ثالث من هذا الفصل لحل الرقابة.

المبحث الأول

مصادر الرقابة الدستورية

تقسيم:

إن رقابة الدستورية تثير العديد من الأسئلة الملحة والتي قد يصعب الرد عليها وهو كيف أن القضاة المعينين مدى الحياة بالمحكمة العليا يستطيعون أن يقرروا بالنسبة لصلاحية سياسات تنبأها

ممثلون منتخبون من الشعب؟.

وإذا كان لهذه الرقابة الدستورية الأهمية الكبيرة التي يتحدث عنها فلماذا لم ينص عليها الدستور صراحة؟، وفي مقابل ذلك فعمل المرء يتعجب كيف يمكن للدول المحافظة على دستورها بدون تقرير حق الرقابة الدستورية؟! وإلى حد ما يمكن القول بأن رقابة الدستورية فيها نوع من الخلق إذ هي طريقة للتشريع القضائي، وقد قال أحد الفقهاء قديما وبالتحديد سنة ١٧١٧ «من كان له السلطة المطلقة في تفسير أى قانون مكتوب أو مسموع هو في الحقيقة معطى القانون وليس الإنسان الذى كتبه في البداية أو قال به (١)».

وتطبق الرقابة الدستورية في أمريكا على مستوى التشريع الفيدرالى وفي الولايات، وكذلك على مستوى القرارات الرئاسية الفيدرالية وتلك الصادرة من الولايات.

وعندما يتخذ المشرع أو رئيس البلاد أفعالا لا تلقى قبولا من المصوتين فإنه يمكنهم عدم إعادة انتخابها ثانية، ومن ثم فمسنوق الانتخاب يمثل امتحانا يوزى لدى شرعية المنتخبين وإعادة تأكيد سلطتهم.

ويحدث أن تتخذ المحكمة العليا أحكاما غير مستحبة من المصوتين تلغى بها قرارات صادرة عن الكونجرس المنتخب من الناحية الواقعية وإن كان المنطق القانوني يقضى بأن الأمر هو مجرد امتناع عن تطبيق النص غير الدستوري، إلا أنه وأيا كانت وجهة النظر فإنه يبقى تساؤل هام وهو ما مصدر تلك السلطة الخطيرة؟.

وكما أسلفنا فهناك مصادر (٢) خمسة مجتمعة ساهمت في نشأة وتدعيم الرقابة هي كالتالى:

أولا : النص الدستورى.

ثانيا: السوابق السابقة على حكم المحكمة العليا فى قضية ماربرى ضد ماديسون.

ثالثا: نوايا واضعى الدستور.

رابعا: تأييد الرقابة من أنصار الفيدرالية وخصومها.

خامسا: قضية ماربرى.

سادسا: زوال التعارض بين الرقابة والديمقراطية.

المطلب الأول

النص الدستورى

المادة (٣) فقرة ١ من الدستور الأمريكى تخول السلطة القضائية فى الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ولحاكم أقل، حسبما يأمر به الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر، وتنص الفقرة الثانية من المادة (٣) على أن السلطة القضائية تمتد إلى جميع القضايا طبقا للعدل والقانون، ومن ثم لا نستطيع القول بأن هناك نص صريح فى الدستور الأمريكى يؤكد الرقابة الدستورية على أعمال الكونجرس.

هذا ويلاحظ أنه رغم أن الدستور لا يعطى سلطة للرؤساء فى الامتيازات التنفيذية، وعزل المعينين من وظائفهم وفى إصدار أوامر تنفيذية لها قوة القانون أو أن يدخلوا فى معاهدات دولية بدون

استشارة وموافقة الكونجرس، فقد وافقت المحكمة العليا على هذه السلطات على أساس من المادة الثانية من الدستور حيث استخلصت منها ضمينا السلطات السالفة.

ويمكن استخلاص سلطة الرقابة الدستورية ضمينا من مصدرين أولها المادة الثالثة فقرة ٢ والتي تمد السلطة القضائية إلى كل القضايا طبقا للعدل والقانون والتي تنشأ في ظل الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التي أبرمت أو التي ستبرم طبقا لسلطاتها، ثانيها المادة السادسة والتي نصت على الفقرة الشهيرة المعروفة بفقرة السيادة بأنه «... سيكون هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي ستصدر فيما بعد طبقا له، وجميع المعاهدات المبرمة، أو التي ستبرم، تحت سلطة الولايات المتحدة، القانون الأعلى للبلاد وسيلتزم بذلك القضاة في كل ولاية ولا يلتفت لأى شيء مخالف لهذا في دستور أو قوانين أى ولاية».

ويظهر من ذلك أن الرقابة الدستورية على دستور وقوانين الولايات منصوص عليها صراحة بينما الرقابة الدستورية على أعمال الكونجرس ليست كذلك ويبدو أن ذلك حكمة. وقد علق القاضى هولز (3) ذات مرة على ذلك بأن قرر بالعبارة الآتية «إننى لا أظن أن الولايات المتحدة قد تنتهى لو أن المحكمة العليا قد فقدت سلطتها في إلغاء قانون صادر عن الكونجرس، وإننى أظن أن الاتحاد سيتعرض للخطر لو أننا لم نستطع إلغاء قوانين الولايات المتعددة».

المطلب الثاني

الرقابة قبل سابقة ماربرى

هناك عدة سوابق مهدت لتقرير حق الرقابة الدستورية في قضية ماربرى ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، فالجهود البريطانية التي اتخذت في سنة ١٧٦٠ وما بعدها لإعادة السيطرة على أمريكا في صورة قوانين برلمانية قد استقرت المستعمرات لتتهم هذه القوانين بمخالفتها للقانون العام والمنطق ومن ثم يجب إلغاؤها وقد أثير ذلك في قضية (العالم الخفى) سنة ١٧٧٦.

ومن أشهر التحديات الأمريكية لقانون برلمانى كان سنة ١٧٦١ عندما ادعى بأن موظفى الجمارك البريطانيين ليس من حقهم إجراء البحث والتفتيش لعدم تزويدهم بتلك السلطة قانونا، وبفرض حدوث ذلك فإنه سيكون مخالفا للدستور والعدالة الطبيعية ومن ثم يجب إلغاء تلك السلطة (4).

وفى سنة ١٧٦٦ قضت محكمة فيرجينيا بأن قانون الدفعة غير دستورى، وعشية الاستقلال وجه قاض من ولاية ماساشوست هيئة المحلفين لتقرير أن قوانين البرلمان تنتهك القانون الأساسى ويجب تجنيبها.

هذا ومبدأ أن المحاكم تستطيع أن تلغى قانونا صادرا عن البرلمان ظهر في رأى رئيس القضاة كوك في قضية دكتور «بونهام» سنة ١٦١٠ بأن قرر بأنه عندما يكون القانون الصادر عن البرلمان مخالفا للقانون العام والمنطق أو به تحيز أو يستحيل تطبيقه فيجب أن تكون السيطرة للقانون العام وعلى القاضى أن يلغى ذلك القانون (5). وقد تأثر بوجهة النظر هذه عدد من القضاة البريطانيين في القرن السابع عشر والثامن عشر لكن بالرغم من ذلك لا يمكن القول بأن مبدأ الرقابة الدستورية قد اتخذ جنوره من إنجلترا.

ويمكن القول بأن واضعى الدستور قد تأثروا لحد ما بتعليقات بلاك ستونز والتي كانت رافضة لرقابة الدستورية بحسبانها تعطى سموا للقضاء على المشرع الأمر الذى يكون تأثيره مدمرا⁽⁶⁾.

والحقيقة أن جعل القوانين الصادرة عن البرلمان غير صالحة للتطبيق لا يعنى التسليم النهائى بسلطة رقابة الدستورية للمحاكم الأمريكية وخاصة على المستوى القومى، والسوابق التى تؤيد رقابة الدستورية قبل سابقة ماربرى كلها كانت صادرة عن قضاة ولايات وكان هؤلاء القضاة يستخدمون لغة صلبة فى أحكامهم واختلف الدارسون حول قوة هذه السوابق⁽⁷⁾.

المطلب الثالث

نوايا واضعى الدستور

فى وقت مؤتمر وضع الدستور توقع بعض الصانعين مسألة الرقابة القضائية وإن لم يكن لديهم نظرية واضحة وكاملة عنها، وقد كان هدف الصانعين الأساسى هو استبدال حكومة مركزية أكثر فاعلية بالاتحاد الكونفيدرالى، وحل المنازعات بين الولايات، ومحاولة الحد من إساءة استعمال التشريع، وكان التركيز الأساسى على كيفية بناء وتنظيم سلطة القضاء الفيدرالى، وبدلا من السيادة التشريعية التى كانت موجودة استنادا إلى نصوص الاتحاد الكونفيدرالى فإن الكونجرس الجديد سيكون واحدا من الأفرع الثلاثة المتساوية والمتعاونة، وخطة فيرجينيا التى قدمها إدموند راندولف، ونيوجيرسى التى قدمها ويليام باترسون قد هدفتا إلى خلق قضاء مستقل ترأسه المحكمة العليا ورغم ذلك فهما لم يحسما مسألة خلق محاكم فيدرالية أنى أم ترك محاكم الولايات كما هى.

ولا شك أنه كان هناك قلق كبير لدى واضعى الدستور تجاه مسألة أن هناك ثلاثة عشر محكمة ولاية يمكنها أن تعلن أحكاما متضاربة، إذ لا يمكن أن ينتج من ذلك إلا النزاع والمشاحنات.

وقد تم حل هذه المشكلة بتبنى فقرة السيادة سالفة الذكر، لكن موضوع الرقابة الدستورية على أعمال الرئيس والكونجرس كان له حظ أوفر من المجادلة والخلاف.

وقد كان هناك قلق واضح تجاه السلطة قبل التشريعات وقد قال جيمس ماديسون ما معناه أن السلطة التشريعية تمتد لكل مكان وأن نشاطها يجذب كل السلطات لمركزها، وعبر العديد من الممثلين الحاضرين عن نفس الاهتمام، ويمكن التقرير بصفة عامة أن الميل نحو إعطاء المحاكم سلطة نهائية على التشريعات لم يكن ضعيفا.

ومن إحدى المسائل التقليدية لدارسى الدستور هو تحديد كم عدد الصانعين الذين كانوا مع الرقابة الدستورية وقد أوصلها البعض إلى سبعة عشر كما قيل بأنهم كانوا خمسة أو ستة⁽⁸⁾.

وهناك دراسات عديدة فى هذا الأمر بها مذاق الروح القتالية مع أو ضد رقابة الدستورية⁽⁹⁾، ورغم ذلكبقى هذا الأمر غير مستقر وهو يضيف روحا كبتية ضد النشاط القضائى، وقد نوقشت مسألة الرقابة الدستورية فى مؤتمر فيلادلفيا كوسيلة لكبح الكونجرس والولايات، ولقد كان من أهم المسائل الخلافية مسألة الاعتراض على التشريعات الصادرة عن الكونجرس، فقد اقترح تكوين مجلس من التنفيذيين والقضاة الفيدراليين لمراجعة التشريعات الصادرة عن الكونجرس قبل العمل بها وقبل ظهور سلبياتها، وقد اعترض البعض على ذلك واقترحوا أن يؤدى ذلك فحسب إلى إعادة

عرض التشريع ثانية على الكونجرس بصورته المعدلة.

وبعض الفقهاء رأوا في رفض مجلس المراجعة ما يعنى رفض واضعى الدستور للمراجعة القضائية بينما فهمها البعض بأنها عكس ذلك.

وقد قال ماديسون بأن القانون الذى ينتهك الدستور لا بد من إلغائه ولكن هذه المقولة تقتصر على التشريعات الصادرة عن الولايات وليس على المستوى الوطنى، إذ إنه بعد عام من ذلك كتب ماديسون إلى توماس جيفرسون ما مفاده أنه ينكر أن الدستور قد أعطى السلطة للمحكمة العليا فى إلغاء أعمال الكونجرس لأن هذا سيجعل القضاء على القمة وفوق المشرع وهذا لا يمكن أن يكون مقصودا أو مناسباً (10).

وقد قام «جيمس ويلسون» بقبالة أن يصبح عضواً بالمحكمة العليا بالدفاع عن مفهوم الرقابة الدستورية فى مؤتمر التصديق ببينسلفانيا إذ يجب أن يبقى المشرع داخل حدود معينة لا يتجاوزها وإلا تدخل القضاء لمنع ذلك.

وقرر أوليفر الزورت أنه يتوقع أن القضاة الفيدراليين سيمتنعون عن تطبيق القوانين المتعارضة مع الدستور.

وفى مؤتمر التصديق بفيرجينيا توقع جون مارشال أيضاً أن القضاة الفيدراليين سيمتنعون عن تطبيق القوانين غير الدستورية. ومما سلف يفهم أن رقابة الدستورية قبل بها لطمأنة الولايات إلى أن السلطة الوطنية سوف تكبح ولن تكون مطلقة.

ويلاحظ أن أوراق الفيدراليست تنطوى على العديد من المقالات التى تساند رقابة الدستورية ، والمقالة الرئيسية التى كتبها «هاميلتون» (11) كانت لتخفف من مخاوف الولايات من سلطة الحكومة المركزية وقد استعار منها «جون مارشال» ليدعم وجهة نظره فى قضية ماربى، ولكن يلاحظ أن تحمس هاميلتون للرقابة الدستورية قد جاء متأخراً إذ إن خطته المقدمة فى مؤتمر فيلادلفيا عام ١٧٨٧ لم تنطو على إعطاء هذه السلطة للقضاء إذ ذكر أن القضاء ليس وكالة للإلغاء.

وفى السنوات ما بين التصديق على الدستور وحتى تقرير ميداً الرقابة الدستورية شاهد هذا المبدأ محاولات لتقريره وكان غالبيتها بالكونجرس، وعندما تقدم ماديسون بمشروع قانون الحقوق لمجلس النواب تنبأ أن يصبح جزءاً من الدستور وأن المحاكم المستقلة ستعتبر نفسها ضامنة لتطبيق (12) هذا القانون، ولكن بعد تسعة أيام وحال المجادلة على إزالة السلطة الرئاسية أنكر ماديسون على الكونجرس تسليمه بحق المحكمة فى هذه المسألة الدستورية إذ ليس لسلطة أن تستمد من الدستور أكثر مما أعطاه، وقد رفض ماديسون التمسك بالرقابة الدستورية التى تمسك بها مؤيدو البنك المركزى للقضاء بعدم دستورية أحد التشريعات (13).

المطلب الرابع

تأييد الرقابة من أنصار الفيدرالية وخصوصها

وقع إعلان الاستقلال سنة ١٧٧٦، وانقطع العداء مع الإنجليز سنة ١٧٨١ واكتملت الثورة الأمريكية سنة ١٧٨٢ بتوقيع معاهدة السلام مع إنجلترا، وفى فبراير سنة ١٧٨١، صدقت ثلاث

عشرة مستعمرة على مواد الاتحاد الكونفيدرالى والذى عاش مدة سبع سنوات حتى كتب الدستور سنة ١٧٨٧ وصدق عليه سنة ١٧٨٨ وبعد ثلاث سنوات أضيف إعلان الحقوق. وهناك أسئلة كثيرة أثارت بصدد ذلك وهي لماذا وجدت الولايات أن من الضروري وضع الدستور؟ وما هي المشاكل التى وضع الدستور ليحلها؟.

وحقيقة فإن صانعى الدستور - وإلى درجة كبيرة - كانوا عمالقة وأذكىاء ومؤهلين ولديهم قدرة كبيرة على التنبؤ بالمستقبل ولديهم إيمان بالديمقراطية.

ولفهم سبب وضع الدستور فلا بد من فهم طبيعة الاتحاد الكونفيدرالى السالف عليه والذى تم تبنيه بعد الاستقلال لتحقيق نوع من الوحدة بين الولايات فى العلاقات الخارجية والمشاكل الداخلية ولكن بقي للولايات سيادتها، إذ نص على أن تحتفظ كل ولاية بسيادتها وحريتها واستقلالها وقضائها، وغاب اثنان من الثلاثة أفرع المعروفة للحكومة وهما السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وكان هناك فحسب نص على سلطة الكونجرس والتى لها حق تأسيس محكمة استئناف وطنية للبت فى القضايا البحرية.

وقد أحدث الدستور تغييراً فى الإطار العام الذى حددته نصوص الاتحاد الكونفيدرالى وأهم هذه التغيرات هو خلق سلطة تنفيذية، وإعطاء الكونجرس السلطة فى فرض الضرائب وتنظيم التجارة، وكذا خلق القضاء الفيدرالى والذى ترأسه المحكمة العليا.

وقد ورد بالتعديل العاشر ما يمثل تقليداً شاحبا لنصوص الاتحاد الكونفيدرالى السالفة على الدستور بأن السلطات التى لم تفوض للولايات المتحدة بمقتضى الدستور ولم تحظر بواسطته على الولايات يحتفظ بها للولايات كل على حدة أو للشعب، ولكن يعادل من تأثير ذلك ما ورد ببقاى مواد الدستور من تقوية السلطة الاتحادية.

والحقيقة أن الدستور كان له معارضون اعتبروه خيانة للمبادئ التى قامت عليها الثورة الأمريكية (14).

ومن وجهة نظر المعارضين للفيدرالية فإن مهمة الحكومة الأولى هي أن تضمن الاحتياجات العامة الأساسية، ولذلك فهم يؤمنون بعدم المركزية لأنه فقط فى المجتمعات الصغيرة يكون من الممكن تحقيق وتطوير عدم الأنانية وفكرة تكوين الذات للمصلحة العامة، ولذلك فإنهم ضد التوسع الكبير فى سلطات الحكومة الوطنية، بحسبان أن تلك الحكومة الوطنية صاحبة السلطات القوية سوف لا تتواءم مع القيم الأهلية وسوف يخلق هذا المناخ تباعدا وتنافرا بين السلطة والمواطنين وسيصعب على المرء أن يدين مصالحه الشخصية أمام المصلحة العامة.

هذا ويقر معارضو الفيدرالية بأن الحكومة لا يمكن أن تكون للشعب بنفسه ولكن عن طريق ممثليه على المستوى الوطنى وفى الولايات، ومن ثم فإن الدستور المقترح من البديهي أنه سيقلل من عدم المركزية التى يعتنقها المعارضون للفيدرالية بوصفها وسيلة لتحقيق الحرية الحقيقية. ويتوقع خصوم الفيدرالية أن النظام الدستورى الموضوع سيؤدى إلى عدم الاهتمام بمصالح الأفراد، وضعف محاسبة المسؤولين رغم أن لديهم قدرات اختيارية فائقة فى وضع القانون والسياسة.

وفى رأى خصوم الفيدرالية فإن التجارة تمثل تهديداً لمبادئ الثورة الأمريكية لأنها تعطى فرصة

الطموح أن يعلو وتؤدي لتفكك القيم الإنسانية، ويعتبر الفقيه العالمى مونتسكيو مصدرا لمعتقدات خصوم الفيدرالية إذ قال فى كتابه الشهير روح القوانين إنه فى الدول التى يتحرك فيها الإنسان فقط بروح التجارة يصبح كل شئ إنسانى عرضة للبيع والشراء وكذا كل القيم المعنوية واحتياجات البشر مهما كانت ثقافتها⁽¹⁵⁾.

وخلاصة الأمر أن خصوم الفيدرالية نظروا إلى الدستور المقترح على أساس من أنه لا يتفق مع المبادئ التى قامت عليها الثورة الأمريكية إذ إنه يؤدي إلى عدم الاهتمام بالمصالح الشخصية حال إدارة العملية السياسية، كما يخلق حكومة قوية ومسيطرته تركز فقط على المسائل الاقتصادية التى تخضع لمنطق البيع والشراء دون نظر للقيم الإنسانية.

وكان من البديهي أن يحاول الفيدراليون أن يردوا على اتهامات خصومهم وذلك بإعادة صياغة مبادئ الاستقلال بما يمثل تأييدا لوجهة نظرهم، وغالبية جهودهم يمكن التماسها حال قراءة أوراق الفيدراليست وهى عبارة عن مقالات كتبت للدفاع عن الدستور المقترح للبلاد للرد على خصوم الفيدرالية، وقد نشرت باسم (Publius) ولكنها كتبت فى الواقع بواسطة «جيمس ماديسون» و«الكسندر هاميلتون» و«جون جاي»، ويرغم أن هذه الأوراق يرجع إليها عادة كوسيلة لفهم نظرية الدستور وقصد واضعيه فإن من المهم أن يفهم أن هذه المقالات تعد فى بعض الأحيان نوعا من الدعاية وكتبت لتقنع المترددين وهذا لا ينفي عنها صفتها الأصلية.

وصفوة القول إنه وقع خلاف تاريخى ما بين فريقين أحدهما مع الفيدرالية والآخر ضدها، وذلك حال وضع الدستور، لذا نصت المادة السابعة على أن «تصديق تسع ولايات سيكون كافيا لإقامة هذا الدستور بين الولايات التى تقره».

وأثير الخلاف حول توزيع السلطة ما بين المؤسسات الوطنية وفى الولايات، وعن كيفية حماية الحقوق الشخصية.

وقد اهتم خصوم الفيدرالية - بعد أن تأكد لهم أن الدستور قادم لا محالة - بمحاولة حماية سيادة الولايات والحكومة الصغيرة على المستوى الفيدرالى على أساس أن التجانس بين الولايات وبعضها البعض سيكون هو الأفضل لتحقيق الفضائل، إذ سيقلل احتمال عدم الاستقرار والنزاع، كما أن الحكومة الصغيرة ستشجع على وجود اتصال ما بين المواطنين وممثليهم وسيزيد ذلك من ثقة المواطن فى نفسه وفى ممثليه.

بينما رأى الفيدراليون أن استمرار سيادة الولايات سوف يؤدي إلى نقص حقوق الملكية وضعف التطور الاقتصادى وضعف ثقة المواطن فى الحكومة، بينما وجود مجلس شيوخ قوى مثلا سوف يقلل من احتمالات تعرض الأقلية لاضطهاد الأغلبية⁽¹⁶⁾.

وهكذا فإن الحكومة الوطنية ذات السلطات الكبيرة والإدارة الجيدة إضافة إلى رقابة الدستورية سوف تحد من سوء استعمال السلطة بواسطة القادة وسوف تحمي حقوق المواطن ومصالحه.

وقد سادت النظرية الفيدرالية على النظرية المضادة لها على أساس من ضمان الحقوق المتعلقة بشكل الحكومة ونظامها فى صلب الدستور مع الحرص على حماية حقوق الأفراد فى وثيقة الحقوق «التعديلات العشرة الأولى للدستور».

ولما كانت النظرية الفيدرالية تعتمد فى ركيزتها على رقابة الدستورية فإن سيادة هذه النظرية تعد من أهم أسباب تقرير تلك الرقابة.

وقد ساهم أيضا فى تدعيم الرقابة أن خصوم الفيدرالية المعتدلين رأوها وسيلة مناسبة لحماية حقوق الأفراد والولايات.

المطلب الخامس

قضية ماربرى ضد ماديسون (17)

كان هناك صراع بين الفيدراليين الذين يهدفون إلى تقوية السلطة المركزية وخصومهم المدافعين عن حقوق الولايات واختصاصاتها على نحو ما أسلفنا.

ولما أجريت الانتخابات العامة سنة ١٨٠٠ أسفرت عن فوز جيفرسون بالرئاسة وهو من خصوم الفيدرالية، فعمد الرئيس الفيدرالى خلال الفترة المتبقية على تسليم الرئاسة إلى شغل بعض المناصب الهامة باتحاديين.

وركز الاتحاديون «الفيدراليون» على السلطة القضائية، وسنحت فرصة تعيين رئيس اتحادى المحكمة العليا خلفا للقاضى الزورث المستقيل، وهو جون مارشال الاتحادى صاحب المكانة المرموقة.

وكان ما سلف جزءا من البرنامج المخطط للسيطرة على السلطة القضائية ومن ضمن فصوله الهامة تعديل قانون النظام القضائى الصادر مع الدستور سنة ١٧٨٩، إذ أصدر الكونجرس قبل انقضاؤه قانونا حديثا لتنظيمها فأنشأت محاكم إقليمية جديدة مما اقتضى تعيين ستة عشر قاضيا، كما خول الكونجرس الرئيس سلطة تعيين عدد آخر من قضاة المحاكم الجزئية للعمل فى إقليم كولومبيا، وأنقص القانون عدد القضاة بالمحكمة العليا من ستة إلى خمسة لمنع منح الرئيس الجديد فرصة تعيين عضو بالمحكمة العليا لو وافقت المنية أحد القضاة بها.

وخلال الفترة الأخيرة لآدمز فى منصب الرئاسة، وافق مجلس الشيوخ على تلك التعيينات ووقع الرئيس على قرارات التعيين فى منتصف اليوم السابق على تخليه عن عمله ولذلك عرف هؤلاء القضاة باسم قضاة منتصف الليل.

وفى غمرة الأحداث ولظروف الاستعجال نسى الرئيس أن يسلم عددا من قرارات التعيين إلى أصحابها، وامتنعت الحكومة الجديدة عن تسليمها إياهم، فرجع ماربرى وثلاثة من زملائه دعوى على ماديسون وزير جيفرسون يطلبون فيها من المحكمة العليا إصدار أمر قضائى writ of mandamus بتسليمهم قرارات التعيين لممارسة وظائفهم.

وفى ظل تآهب من الجمهوريين «خصوم الفيدرالية» للحكم الوشيك، وفى ظل موازنات سياسية دقيقة كان على «مارشال» أن يراعيها، حتى لا تظهر المحكمة بصفة المتخوف فى أول محك حقيقى لها من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى لا تظهر متعنتة متدخلّة فى أعمال السلطات الأخرى، رأى «مارشال» بداءة أن ماربرى حق مكتسب فى وظيفته وفى تسلم قرار تعيينه بحسبان عنوان «ماديسون» أمرا غير مشروع على حقه المكتسب.

كما رأى «مارشال» أنه لا غضاضة في إلزام «ماديسون» عن طريق أمر التنفيذ بحسبان أنه يقع عليه واجب مقيد ومحدد بتسليم أمر التعيين إلى صاحب الحق فيه.

وبعد ذلك لجأ مارشال إلى مناورة أذهلت أنصاره وخصومه، عندما وجد الفقرة الثالثة عشر من قانون النظام القضائي الصادر عام ١٧٨٩، والتي قررت للمحكمة العليا الاختصاص بإصدار الأوامر السالفة بصفة أصلية، تخالف المادة الثالثة (18) من الدستور والتي تحدد الاختصاص الابتدائي والاستئنافي للمحكمة العليا إذ تقرر الفقرة الثانية بعد تعدادها للمسائل التي تختص بها المحكمة العليا اختصاصا ابتدائيا أنه في سائر المسائل الأخرى المذكورة في صدر الفقرة الثانية يكون للمحكمة اختصاص استئنافي فيما يتعلق بالوقائع والقانون، إلا ما يستثنيه الكونجرس من ذلك وفقا لتنظيمه هذا الاستثناء، ومؤدى ذلك كما يقول «مارشال» أن المحكمة تختص بالمسائل المذكورة في صدر المادة اختصاصا استئنافيا أما حق الكونجرس في الاستثناء فمؤداه أن يحرم المحكمة العليا من بعض صور هذا الاستثناء، وليس مؤداه البتة أن له - حسيما قام بالفقرة الثالثة عشرة من قانون النظام القضائي - توسيع اختصاصها ابتدائيا في بعض هذه المسائل. وعلى ذلك فإن الفقرة الثالثة عشرة سالفة الذكر فيها محاولة غير جائزة لتوسيع الاختصاص الابتدائي للمحكمة خلافا للنص الدستوري السابق تحليله.

ويعد الحكم السالف هو أول حكم تصدره المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون ما، وهو السابقة ذات القيمة التي لا يخلو منها مرجع دستوري، كما أن الأسباب التي ذكرها الحكم يحدث كثيرا أن تقتبس منها المحاكم الدستورية في العالم.

ولا جدال في أن هذه السابقة خاصة ومحكمة «مارشال» عامة هي الداعم الأساسي لاستقرار حق المحكمة العليا في رقابة الدستور.

المطلب السادس

زوال التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية

أحد المتاهات الهامة في القانون الدستوري الأمريكي هو ما يتعلق بأن الدستور يفرض السيادة للشعب والذي يختار ممثليه ثم يحدث بعد ذلك أن تلغى المحاكم عمل السلطة التشريعية والرئيس استنادا لمبدأ رقابة الدستورية.

وينظر للرئيس والكونجرس عادة بصفتهم مسؤولين تجاه المواطنين بصورة أكبر من النظرة للقضاة الفيدراليين، الذين تمتد ولايتهم لدى الحياة. ومن هذه الوجهة يمكن القول بأن الرقابة الدستورية تمثل صعوبة تعيق إرادة الأغلبية (19).

فكيف إذن يمكن تبرير السلطات التي تقررت في قضية ماربري؟. ويضع التفسيرات تستند إلى عملية التفسير الدستوري فيقترح دائما أن النزاع بين الرقابة الدستورية والديمقراطية يمكن أن ينعدم أو يقل جدا إذا ما كانت رقابة الدستورية مقتصرة فحسب على تقرير ما إذا كان عمل الكونجرس ينتهك الدستور، وفي هذه الحالة فإن القاضي لا يفرض قيمة الشخصية وإنما يفرض

على المشرع أن يحترم الدستور، وبهذا الفهم يمكن التمييز بين الإرادة وهي مجال عمل السياسي والحكم وهو مجال عمل القاضي.

وقد تبنت المحكمة الفهم السابق في إحدى قضايا سنة ١٩٣٦ إذ قضت بأنه عندما يتم تحدى عمل الكونجرس في المحاكم لعدم اتفاقه مع الإلزام الدستوري فإن الفرع القضائي من الحكومة عليه واجب واحد وهو أن يضع المادة من الدستور التي تم انتهاكها بجوار النص الذي أحدث المخالفة ويقرر في ذلك (20).

وهناك من يرى أن القضاة يبرعون في عملية التفسير وذلك مرجعه لانعزالهم عن الضغط السياسي بما يسمح لهم باتباع الطرق السليمة في التفسير (21)، بينما هؤلاء الذين يكونون محلا للضغوط السياسية على النقض يجيبون أن يروا عملية التفسير متأثرة وملوثة بالعواطف السياسية.

وليس من الواضح تماما أن النور القضائي حال فهمه على النحو السالف سوف يقلل تماما من التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية، إذ ستبقى مشكلة تحتاج إلى شرح ألا وهي كيف أن كلا من الفرع التشريعي والتنفيذي لا ينظر إليهما كمسئول عن تفسير النصوص الدستورية؟.

ويرى أحد الفقهاء أنه لا بد أن نعيد الرأي الذي يرى أن المحكمة (22) العليا هي المؤسسة الإلهية للديمقراطية الأمريكية والتي تقوم أبدا لتدافع عن صعوبة مواجهة الأغلبية (التي تضع القانون العالي)، وعندما تلتزم المحكمة بالدستور وتجعله نبراسا لها فإن ذلك في حقيقته التزاما بما تم الموافقة عليه من قبل بواسطة الأغلبية الدستورية أي الأغلبية التي اقترحت وصدقت على الدستور الأصلي وتعديلاته بدلا من أن يكون الأمر في حقيقته عمل ضد فعل الأغلبية.

وفي هذا المعنى فإن الرقابة الدستورية بقيامها بمنع الساسة العاديين من مخالفة السياسات الدستورية تمثل وسيلة لتأكيد أن الأنانية والتجاهل وعدم الاكتراث الكامنة في نفوس هؤلاء الساسة لا مجال لها حال مخالفة الدستور والذي يعد ممثلا للروح العامة والإرادة الشعبية.

وهناك من يرى خلاف (23) ذلك، فينظر إلى الرقابة الدستورية حتى عندما لا يمكن تجنبها بوصفها تمثل شيئا خطيرا إذ بقيامها بتصحيح الأخطاء التشريعية عن غير طريق الشعب تكون مؤدية إلى أن يفقد الشعب الخبرة السياسية في تصحيح أخطائه، ويفقد الشعب مسؤوليته في تصحيح الأخطاء انكالا على المحاكم.

وقد يثور التساؤل حول لماذا يكون الدستور سائدا ٩. ونرى أن الدستور يسود لأنه يعبر عن الإرادة المؤسسة للشعب رغم أن هؤلاء الذين وضعوه وصدقوا عليه قد توفاهم الله، إضافة إلى أن الشعب وقتها لم يكن يشمل فئات كثيرة مثل الزنوج والهنود والمرأة.

ولأنه بغيره ستسود الفوضى إذ سيختلف الناس عن يكون الرئيس بل يمكن أن يختلفوا حول عدد الرؤساء (24) والبناء الأساسي للسلطات والذي ينظمه عادة الدستور الأمر الذي لو تحقق لأفضى لكارثة.

ونرى أن أساس مهاجمة الرقابة الدستورية يكمن في مسألة تفسير الدستور، إذ إن القضاة لن يفسروا الدستور وفق إرادة واضعيه وإنما وفق إرادتهم السياسية اعتمادا على أن الكثير من نصوص الدستور غامضة، ومن ثم فهم يمارسون الاختيار القضائي بين العديد من المفاهيم بما ينطوي على فرض للقيم السياسية للقضاة.

وقد قضت المحكمة العليا بمضمون ذلك بأن قررت أنه ليس⁽²⁵⁾ حلاً أن نصر على أن نصوص الدستور وما عنته - وقت وضعه - يجب أن يكون هو ذات ما تعنيه حالياً فلو أن ما نص عليه الدستور كان معناه هو ذات المعنى الآن، فهذا مقصود به القول بأن الفقرات الهامة في الدستور يجب أن تتقيد بالتفسير الذي تبناه الصانغون وفقاً للشروط ووجهة النظر في ذلك الوقت، وهو ما لا يمكن القول به. هذا ويقترح عند التفسير الدستوري أن يتم فحص النصوص الدستورية وتفسيرها استناداً إلى القصد الأصلي لوضعها والمصدقين عليه ولكن هناك صعوبات تعترض ذلك:

أولها: أن النية المرتبطة بهذا الأمر يمكن أن يقصد بها نية واضعي مسودة الدستور أو أهل الولايات الذين صدقوا عليه، والصعوبة هنا هو أنه عندما يكون صانع القرار جهازاً كبيراً مكون من عدد ضخم من البشر فمن الطبيعي أن يكون هناك اختلاف بينهم، كما أنه من الصعب التوصل إلى قصد هؤلاء بالنسبة لمسألة تستحدث في المستقبل.

كما تثار الصعوبة حول عمومية النص، إذ الحقيقة أن العديد من النصوص الدستورية تكون غامضة ومبهمة ومثال ذلك فقرة التجارة والحماية المتساوية والعقوبات الوحشية وغير المعتادة وحرية التعبير. فيمكن قراءة هذه النصوص بمفهوم جامد أو بمفهوم مرن يتغير بحسب الأحوال، والاختيار بين الأمرين سيؤدي لنتائج جد مختلفة فمثلاً بالنسبة لفقرة الحماية المتساوية فالسؤال حولها يثار حول هل هذه الفقرة تنطبق على التفرقة العنصرية بالنسبة للمواطنين السود فحسب أم يمكن أن تتسع لغيرهم؟ أي تتسع لكل حالة تتوافر فيها التفرقة غير المبررة بين البشر.

هذا ويمكن أن نستخلص من نصوص الدستور أن واضعيه قصدوا تفويض الذين سيأتون في المستقبل السلطة في وضع قرارات وقوانين حول معاني النصوص الدستورية طبقاً لما يستجد من أحوال⁽²⁶⁾ تحت رقابة المحكمة العليا.

ونرى أنه لا يمكن تحقيق الديمقراطية إلا إذا اتفق الشعب على كيفية الحكم عن طريق الدستور، ويصعب تحقيقها ما لم يحكم القواعد القانونية واللائحية دستور مكتوب ورقابة دستورية.

والقواعد الإجرائية اللازمة لتحقيق الديمقراطية تتحقق بصورة أفضل عندما تتقرر وتستند لفكرة الالتزام المسبق والتي تحصن تلك القواعد من التأثير بجدول الأعمال السياسي والانتماءات السياسية.

وقد يرى البعض أن المحاكم ليست مؤهلة تماماً لرقابة الإجراءات اللازمة لتحقيق الديمقراطية، إلا أننا نرى أنه نظراً لغياب الجهاز القادر على رقابة تلك الإجراءات بفعالية تفوق فعالية المحاكم فمن ثم فإن المحاكم هي أفضل الموجود لتحقيق ذلك والبديل هو الإخلال بالحدود الدستورية.

وصفوة القول أن المرء عندما ينظر إلى القانون الدستوري يجده نتاجاً للجهود القضائية للمحكمة العليا أكثر من كونه مجرد وثيقة دستورية غير متحركة.

وعندما نستعرض طريقة اختيار القضاة لاحقاً بالبحث الثاني من هذا الفصل سنجد أنها قد لا تكون ديمقراطية - من وجهة نظر البعض - إلا أنه بتحليل أحكام المحكمة العليا سنجد أنها ديمقراطية القرار إذ غالباً ما تتفق مع الرغبة الشعبية، ونادراً ما تشكل تهديداً لآراء الأغلبية.

ويؤيد المعنى السالف أن التعديلين التاسع⁽²⁷⁾ والرابع عشر للدستور يعطيان فرصاً كبيرة للخلق إلا أن المحكمة أثبت أن تسعى للخلق مخالفة لإرادة الشعبية، وعندما أعلن القضاء عدم دستورية

التمييز العنصري كان ذلك في حينه متفقا مع الإرادة الشعبية.

ويعد موقف القضاء من الحرية الاقتصادية في الثلث الأول من هذا القرن مضادا للرغبة الشعبية واستثناء من القاعدة، بل إنه سوء استخدام للسلطة انتهى بعزل المحكمة العليا بعد مواجهة روزفلت لها. ولا بد من الاعتراف بدور المحكمة في إشباع حاجات الشعب المتعددة عن طريق المبادئ الدستورية المرسومة في الدستور، والتي لو كانت جامدة لأفرغ القانون الدستوري من محتواه المتطور، ومن ثم فإن فضل التطور يرجع إلى تلك الفقرات ذات النهاية المفتوحة والتي يطوعها القضاء لصالح الشعب (28).

وهكذا يمكن القول أنه مع الأيام تناقص التعارض الظاهري بين الرقابة والديمقراطية، وتبين أن المحكمة العليا إضافة إلى حفاظها على إرادة السلطة المؤسسة، فإنها ديمقراطية القرار، ومن ثم فإن المفهوم الحقيقي للديمقراطية مع الرقابة وليس ضدها.

ومن جانبنا نرى أن وصف المحكمة العليا بأنها غير ديمقراطية التشكيل فيه مبالغة بحسبان أن واضعي الدستور أدركوا أنه لو كان كل أعضاء السلطات الثلاث يسألون مباشرة أمام الشعب فسوف يعطى ذلك فرصة لطغيان الأغلبية القائمة، والتي ربما تعمل على إيذاء الأقلية خلافا للمبادئ الدستورية، لذا عمد الدستور إلى عزل قضاة المحكمة العليا والقضاء الفيدرالي عامة عن سلطة الناخبين، ليكون لديهم الشجاعة للوقوف في وجه الانتهاكات الدستورية عن طريق رقابة الدستورية.

فالديمقراطية يمكن فهمها بأنها مشاركة الشعب في الحكم إضافة إلى حماية الحقوق الشخصية وما قررتة السلطة المؤسسة.

وقد استطاعت المحكمة العليا أن تقف في وجه السياسات العنصرية المؤيدة للتفرقة العنصرية والمضطهدة لحقوق الزوج في الولايات الجنوبية استنادا لفقرة الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر، حفاظا على الديمقراطية المتمثلة في حماية المبادئ الدستورية والتي هي أقوى من مفهوم الديمقراطية الواهن الذي يأخذ بالشكل ويركز على سيطرة الأغلبية.

ولا خشية من طغيان القضاء في استخدامهم هذه السلطة للسببين التاليين:

١- إن طريقة التعيين - التي سوف نشرحها حالا في المبحث الثاني - تمكن الناخبين من التأثير بطريقة غير مباشرة على تعيين القضاة، إذ الناخبون هم الذين ينتخبون رئيس البلاد الذي يرشح القضاة، ومجلس الشيوخ الذي يؤكد هذا الترشيح.

٢- إن القضاء أنفسهم يدركون حقيقة أن هناك ضعفا نسبيا للقضاء في مواجهة الفرعين الآخرين، وأن تنفيذ الأحكام القضائية يتوقف عمليا - وإلى درجة كبيرة - على الإذعان الإرادي لتنفيذها من قبل السلطة التنفيذية.

وعلى ركيزة من ذلك يتجنب القضاء وعلى رأسه المحكمة العليا المواجهة الحادة ويلتزم بمعايير صارمة للتقييد الذاتي (29) سوف ندرسها لاحقا.

ولا شك أن تكشف كل الحقائق السالفة أمام الجميع قوى من الرقابة إلى حد بعيد فلا تعارض حقيقي بين الرقابة والديمقراطية سواء في طريقة تعيين القضاة بالمحكمة العليا أو في خدمتهم مدى الحياة، وأيضا في اتفاق غالبية الأحكام مع الإرادة الشعبية.

المبحث الثاني

كيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية

تحديد وتقسيم:

لما كانت المحكمة العليا هي التي تتولى القول الفصل في مسألة الدستورية وتراجع المحاكم الأدنى منها في هذا الأمر، فمن البديهي أن نهتم بكيفية تشكيل تلك المحكمة.

وتشكل المحكمة من تسعة قضاة، يظلون في مناصبهم مدة تمتعهم بصحة طيبة وسلوك طيب «الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الدستور».

وقد رأينا التركيز على عملية اختيار قضاة المحكمة والعوامل التي تؤثر فيها، باعتبارها أمرا هاما في الولايات المتحدة، وخاصة في الفترة الأخيرة حيث أصبح أساسيا في حملات مرشحي الرئاسة الأمريكية.

وعملية الاختيار الرسمية شديدة البساطة، إذ عندما يخلو مكان ما بالمحكمة بالموت أو الاستقالة، فإن الرئيس يرشح شخصا ما ويجب موافقة أغلبية مجلس الشيوخ حتى يتأكد ذلك الترشيح «الفقرة الثانية من المادة الثانية من الدستور».

وعندما يخلو منصب رئيس قضاة المحكمة فعندئذ يكون رئيس الولايات المتحدة بالخيار بين اختياره من بين القضاة الأعضاء بالمحكمة أو من غيرهم خارج المحكمة، وغالبا ما يسلك الرئيس ذلك النهج الأخير حتى يتسع الاختيار أمامه لهذا المنصب عظيم الشأن.

وأحيانا يحدث التعيين دون موافقة مجلس الشيوخ حالة أن يشغر المنصب في الشهر الأخير لولاية المجلس أو في فترات عدم انعقاد المجلس، وتعود سلطة الموافقة أو عدمها للمجلس حال انعقاده إلا أنها تفقد مفعولها أمام حقيقة مؤكدة مؤداها قيام القاضي بعمله بالفعل داخل المحكمة، ولما كان مجلس الشيوخ قد أعرب عن عدم رضائه عن ذلك الأمر، فإنه منذ سنة ١٩٦٠ وحتى تاريخه لم تتم تعيينات أثناء فترة عدم الانعقاد. ولما كان خلو المكان داخل المحكمة هو الأمر الذي يتيح فرصة إحداث تعيينات بها والمسألة غير دورية، فقد كان طبيعيا أن الرؤساء تختلف فرصهم في إجراء التعيينات بها.

ف نجد مثلا أن الفترة الأولى لرئاسة فرانكلين روزفلت خلت من أي مكان شاغر بينما شهدت فترة رئاسته الثانية خمسة أماكن شاغرة مما أتبع له إجراء خمسة تعيينات بالمحكمة.

وفي أول ثلاث سنوات لحكم «ريتشارد نيكسون» ترك أربعة قضاة أماكنهم.

ونجد أن «جيمي كارتر» هو الرئيس الوحيد الذي لم يجر تعيينات بالمحكمة رغم قيامه بالخدمة كرئيس للبلاد لمدة كاملة في الفترة من ١٩٧٧: ١٩٨٠ لعدم خلو أي مكان خلال تلك الفترة.

ورغم أن عملية التعيين شديدة البساطة على النحو الآنف إلا أنها في جوهرها شديدة التعقيد ويتداخل فيها الكثيرون سواء بصفة غير رسمية أو بصفة رسمية (30).

وسوف ندرس في هذا المبحث ما يلي:

المطلب الأول : دور المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار.
الفرع الأول: جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة.
الفرع الثانى: جماعات المصالح.
الفرع الثالث: رئيس وأعضاء المحكمة العليا.
المطلب الثانى : العوامل المؤثرة على قرار الرئيس ومجلس الشيوخ.
الفرع الأول: العوامل المؤثرة على الرئيس فى الترشيح.
الفرع الثانى: العوامل المؤثرة على مجلس الشيوخ فى تأكيد الترشيح.
المطلب الثالث: حصيلة الاختيار النهائية.

المطلب الأول

دور المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار

إن أهم المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار هم جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة وجماعات المصالح ورئيس وأعضاء المحكمة العليا.
وسوف نناقش دور كل مجموعة على حدة.

الفرع الأول

جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة

إن جمعية المحامين الأمريكية (The American Bar Association) وتسمى اختصارا (ABA) هى منظمة تطوعية مكونة من محامين شكلت سنة ١٨٧٨، ونظرا لكثرة أعضائها واهتماماتها القومية فقد أصبحت تلك المنظمة هى الصوت الرئيسى والمقبول من العاملين بالقانون فى الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ضمن أهم اهتماماتها اختيار قضاة الولايات حيث اهتمت باختيارهم على أساس من الكفاءة وليس على أساس سياسى.

وعلى المستوى الفيدرالى وافقت الـ (ABA) على الطريقة الرسمية الحالية فى اختيار القضاة لكنها تبذل مجهودا كبيرا للتأثير على ذلك الاختيار، ولكن تلك المحاولات كانت غير منتظمة حتى أنشئت لجنة بخصوص القضاء الفيدرالى سنة ١٩٤٦ وتلك اللجنة مكونة من أربعة عشر عضوا يتم اختيارهم عن طريق رئيس الـ (ABA) على أساس إقليمى، وقد عملت هذه اللجنة على أن تحصل على دور منتظم فى عملية الاختيار وبالأخص أن يكون لها دور فى الموافقة أو عدم الموافقة على المرشحين الأساسيين قبل الاختيار الأخير للرئيس، هذا وقد سمح اللجنة السالفة أن تعطى توصياتها للإدارة الأمريكية بخصوص مؤهلات المرشحين ليكونوا قضاة فى المحاكم الأدنى من المحكمة العليا ولكن بالنسبة لقضاة المحكمة العليا فإن الرؤساء قد أظهروا استعدادا أقل لإعطاء اللجنة ذات الدور، فمثلا فى سنة ١٩٦٩ أعطت إدارة نيكسون للجنة سلطة الاعتراض على الترشيحات لجميع المحاكم

الفيدرالية عدا المحكمة العليا.

وينبع الموقف السالف من أن الرؤساء يعطون اهتماما أكبر لترشيحات المحكمة العليا عما يعطونه المحاكم الأدنى ومن ثم يريدون تقليل العوائق على ترشيحاتهم للمحكمة.

وينحصر دور اللجنة عادة في تقرير ما إذا كان المرشح مؤهلا أو غير مؤهل وذلك بعد أن يصبح الترشيح معروفا وقبل تمام الترشيح، أما إذا تم الترشيح فمن الصعوبة بمكان أن تعلن اللجنة أن المرشح غير مؤهل.

ويختلف الرؤساء في استعانتهم باللجنة وفي الدور المسموح لها به، فنجد مثلا أن الرئيس فورد سمح للجنة الـ (ABA) أن تنتظر وتبحث بشأن خمسة عشر مرشحا رئيسيا لشغل مكان واحد وقد أعطت اللجنة للمدعو/ جون بول ستيفنز وهو المرشح الأساسي درجة عالية جدا، وعلى نقیض ذلك نجد أن الرئيس ريجان تجاهل لجنة الـ (ABA) ورشح (ساندراي أوكتر) للمنصب الخالي و بعد حوالي شهرين أبدت اللجنة هذا الترشيح وإن كانت قد تحفظت بصدد خبرتها كمحامية وقاضية، وهذا كان لا يجدى إذ كان قد تأكد ترشيحها بواسطة مجلس الشيوخ.

وقد وجد من ينتقد الدور المعطى لتلك اللجنة باعتبار أنه من غير اللائق لأي جماعة أن يكون من سلطتها المركز الخاص المعطى للجنة الـ (ABA).

وفي أوقات معينة كان هناك جماعات قانونية أخرى ومحامون لهم دور بارز في عملية الاختيار فنجد مثلا أن الرئيس هوفر رشح «بينجامين كارديوز» كرد فعل للضغط عليه من مجموعة من المحامين.

الفرع الثاني

جماعات المصالح

لا شك أن لنشاط المحكمة تأثيرا على معظم جماعات المصالح في الولايات المتحدة، ونظرا لأن المحكمة من الناحية الأيديولوجية البحتة كيان غير سياسي لذا فمن المفترض أن يكون سعى جماعات المصالح للتأثير على عملية الاختيار محدودا، وبالنظر لسرية عملية الترشيح فإن دور جماعات المصالح عادة ما يتركز في الوقوف مع أو ضد تأكيد الترشيح في مجلس الشيوخ.

ومع ذلك يحدث أن تكون للجماعة التي تتمتع بعلاقات قوية بالإدارة فرصة قوية لتوصيل رغباتها في المرشح المطلوب أو انطباعاتها عن مرشح معين للرئيس.

وفي القرن العشرين تحاول الجماعات المستقلة أن تهزم المرشحين الذين يرون أنهم متحفظون، ففي عام ١٩٣٠ الجماعات العمالية والجمعية الوطنية لترقية الملونين (NAACP) عارضت تأكيد ترشيح (جون باركر) والذي كان مرشحا من قبل الرئيس هوفر وذلك لقراراته المتحفظة بصدد علاقات العمل وقضايا التفرقة، وقد هزم باركر بفارق صوتين بتأثير ذلك النشاط.

وبعد ذلك بأربعين سنة نفس الجماعات السالفة حققت ذات النجاح بالنسبة لترشيح الرئيس نيكسون لكل من «هانز ورت» و «كارسول».

كما نجد أن الجمعية الوطنية للمرأة "N.O.W" قد عارضت ترشيح الرئيس فورد «لجون بول ستيفنز» وذلك نظرا لقراراته المناهضة لحقوق المرأة إبان كونه قاضيا بمحكمة دنيا، ولكن رغم هذه المعارضة فقد تأكد ترشيح «جون بول ستيفنز» في مجلس الشيوخ.

الفرع الثالث

رئيس وأعضاء المحكمة العليا

إن قضاة المحكمة العليا بما فيهم رئيسهم يلعبون دورا مهما في عملية⁽³¹⁾ الاختيار وهذا أمر طبيعي وذلك للرغبة في إدخال أعضاء جدد نوى كفاءة معينة أو نوى ميول سياسية معينة متفقة مع ميولهم، وتتمثل وسائل التأثير عادة في إرسال خطاب توصية على مرشح معين وفي أحيان كثيرة يكون ذلك بناء على توصية الإدارة، وقد يتمثل الأمر في محاولة للتأثير بصورة أكبر من ذلك ويكون ذلك بالنسبة لرؤساء المحكمة العليا عادة إذ إن مركزهم يعطيهم مصلحة خاصة في مسألة التعيينات الجديدة إضافة إلى أن زملاهم يرفعون من شأنهم أمام رئيس الولايات المتحدة. ومن رؤساء المحكمة النشطين في هذا الأمر الرئيس تافت وقد كان يشغل منصب رئيس الولايات المتحدة قبل توليه لرئاسة المحكمة ولما تولى الرئاسة كان له تأثير فعال على الرئيس (هاردينج)، كما ضغط القاضي رنكوست لتعيين أول امرأة⁽³²⁾ بالمحكمة. ويلاحظ أن القضاة إذا وحدوا جهودهم فإن نورهم في هذا الشأن يكون كبيرا ولكن يمكن أن يؤدي الضغط لتأثير سلبي كما هو الحال بالنسبة للرئيس روزفلت والذي أعرب عن ضيقه من طريقة الضغط عليه من القاضي فليكس فرانكفورت وذلك لترشيح القاضي الفيدرالي ليرند هاند سنة ١٩٤٣، وأدى ذلك إلى اختياره لآخر وقال إن فرانكفورت ضغط أكثر من اللازم⁽³³⁾.

ويوجد احتمال انقسام أو اختلاف القضاة حول مرشح معين كما حدث بالنسبة لترشيح القاضي كاربورنو حيث أيده القاضي ستون بينما عارضه ستة من زملائه بالمحكمة العليا.

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة على قرار الرئيس ومجلس الشيوخ

الفرع الأول

العوامل المؤثرة على قرار الرئيس في الترشيح

تمهيد:

هناك عناصر معينة يجب مراعاتها في القاضي الذي يتم اختياره، وإذا حاولنا أن نستنبط هذه العناصر بالعودة إلى تاريخ التعيينات القضائية بالمحكمة فإننا لا بد وأن نذكر الرئيس جورج واشنطن، والذي كان يرى أن السلطة القضائية هي الدعامة الأساسية التي تتكئ عليها الدولة الوليدة ومن ثم فهي تحتاج لرجال أقويا.

لذا راعى واشنطن فى ترشيحاته للمحكمة توافر سبعة عناصر فى القاضى المختار على النحو التالى:

- ١- مساندة القاضى للدستور وإيمانه به.
- ٢- إسهامه الفعال فى الاستقلال .
- ٣- مشاركته الإيجابية فى الحياة السياسية للوطن ككل أو للولاية
- ٤- الخبرة القضائية السابقة فى المحاكم الأدنى .
- ٥- السمعة الحسنة ويفضل أن يكون على علاقة شخصية به .
- ٦- التناسب الجغرافى للمعنيين .
- ٧- الحسب والتعلق والشغف بالوطن الوليد⁽³⁴⁾

وقد اشترط وزير العدل فى بدايات حكم الرئيس ريجان المدعو Bruce E. Fein شروطا خمسة فى المرشح هى كالتالى:

- ١- أن يفهم أن المحكمة العليا ليست وحدها هى الضمير الحى للأمة ولا تحتكر سلطة تحديد مصالح الأمة وليست معصومة من الخطأ.
- ٢- أن يدرك أن اللغة الدستورية وقصد الآباء الذين وضعوا الدستور ليسا هما المرشد الوحيد فى تفسير الدستور.
- ٣- أن يكون قادرا على فهم المخطط الدستورى للفيدرالية وهضم السياسات المختلفة للولايات الخمسين.

- ٤- أن يعرف الآليات غير القضائية الحامية من طغيان الحكومة.
- ٥- أن يعرف أن الدور السامى للقضاء الفيدرالى هو القضاء فى القضايا الواقعية وبغيرها لا يجوز القضاء بعدم الدستورية⁽³⁵⁾.

وكما أسلفنا فإن رئيس الولايات المتحدة يقوم بالترشيح ويؤكد مجلس الشيوخ هذا الترشيح أو يرفضه وحينئذ فعلى الرئيس ترشيح شخص آخر للمنصب الشاغر، وهناك عوامل أربعة تؤثر فى اختيار الرئيس لشخص المرشح هى كالتالى:

١- الجدارة والأخلاق؛

فى اختيار قضاة المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا لا يلعب عنصر الجدارة والمقدرة ذات الدور الذى يلعبه بالنسبة للمحكمة العليا وذلك مرجعه إلى عدم الاهتمام الكبير بهذه المحاكم مقارنة بالمحكمة العليا، ولذا نجد أن القضاة المختارين للمحاكم الفيدرالية مختلفو الكفاءة بصورة كبيرة بعكس الحال بالنسبة للمحكمة العليا.

وكما لاحظ أحد المراقبين⁽³⁶⁾ أن الغالبية العظمى من الترشيحات فى القرن العشرين كانت منصبة على أشخاص نوى مقدرة سواء فى المجال القانونى أو السياسى.

ويلاحظ أنه حتى عندما حقق أحد القضاة المعينين فشلاً بالحكمة العليا فإن ذلك لا يعنى أن الرئيس قد تجاوز عن النظر إلى عامل الجدارة في الاختيار ومن ثم فإن هذا الفشل يكون أمراً غير متوقع، وذلك كما حدث بالنسبة للقاضي (كارلس ويتكر) وهو مرشح من قبل إيزنهاور إذ قال عنه أحد المحامين «أن به عيبين هما نقص المقدرة الذهنية وعدم القدرة على الوصول للقرار وقد استقال ذلك القاضي لإحساسه التام بالفشل ورغم ذلك حقق نجاحاً كبيراً في العمل الخاص، إضافة إلى أنه لم يكن متوقعاً فشله في المحكمة العليا حيث كان قاضياً فيدرالياً خبيراً، ويمثل اختيار رئيس الدولة الجمهوري هوفر للقاضي كارنوزو الديمقراطي خلفاً للقاضي هولز اختياراً على أساس الجدارة إذ إن كفاءة الأخير أجبرت رئيس الدولة على اختياره.

وبالإضافة للجدارة فلا بد من توافر الأخلاق لدى المرشح ومع ذلك حدثت استثناءات من هذا الأمر كما هو الحال بالنسبة لترشيح كل من «أبي فورتس» القاضي بالمحكمة كرئيس لها وبالنسبة إلى كلمنت هانزورث، المرشح لعضوية المحكمة، إذ هوجم كلاهما باتهامات تتعلق بالكسب غير المشروع إضافة إلى اتهام فورتس باستشارته الدائمة للرئيس جونسون بعد أن أصبح قاضياً بالمحكمة ولذا لم يتأيد ترشيح أيهما بمجلس الشيوخ.

٢- الانتماء السياسي أو الأيديولوجي؛

إن الاختيار على أساس أيديولوجي له أمثلة كثيرة ومنها اختيار الرئيس هاردينج والذي أيده رئيس القضاة تافت لعضو مجلس الشيوخ Sutherland نظراً لتحالف الأخير مع الرئيس إبان كونهما بمجلس الشيوخ الأمريكي .

ولو نجح اختيار الرئيس ريجان للقاضي روبرت بورك لعدد ذلك مثلاً معاصراً للترشيح على أساس الأيديولوجية.

ويلاحظ أن اختيار ريجان التالي للقاضي انتوني كيندى كان على أساس أيديولوجي أيضاً.

وكانت المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا لا يهتم حال اختيار قضاتها بالعامل الأيديولوجي حتى وقت قريب إلا أن هذا الأمر تغير حديثاً.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فلا جدال في اهتمام الرؤساء الشديد بوضع قضاة داخل المحكمة ينتمون لذات أفكارهم السياسية.

وقدر هذا الجهد يختلف من رئيس إلى آخر، كما يختلف من فترة إلى أخرى حسب الحاجة إليه، فنجد مثلاً أن الرئيس روزفلت كان حريصاً على أن يختار قضاة يساندون وجهة نظره فيما يتعلق بالقدرة الاقتصادية للحكومة الفيدرالية، ويعد أن حصل على التأييد الكافي داخل المحكمة أصبح اهتمامه بالانتماء السياسي للمرشح أقل قوة.

كما أن الرئيس نيكسون كان قد شعر بخطورة الاتجاه المتحرر للمحكمة وبالأخص في مجال الإجراءات الجنائية ومن ثم فقد حرص على ترشيح متحفظين داخل المحكمة.

ونجد أن هناك قلة من الرؤساء مثل «هارى ترومان» كان اهتمامهم أقل بالانتماء الأيديولوجي، ولكن الأغلبية تهتم بهذا العامل، لضمان ولاء القضاة لسياسة الرئيس، وهذا ما يظهر من المناقشة التي تمت بين الرئيس كيندى (37) ووزير العدل في حكومته إذا اتفقا على أنه يجب ترشيح شخص

يتفق مع الرئيس في الدور المخطط للحكومة في الحياة الأمريكية، والنور الذي يراه للمرء في المجتمع، ولا يهم بعدئذ موقفه من مسائل إعادة التقسيم الانتخابي والقضايا الجنائية، إذ المهم أن يكون هذا الرجل على المدى البعيد يؤمن بما يؤمن به الرئيس أفضل للأمة.

ولتوافر تلك المتطلبات في المدعو آرثر جولدبرج من وجهة نظر الرئيس ووزيره فقد تم ترشيحه.

ولا شك أن المرشح عندما يكون قد خدم كقاضٍ فذلك يعني أن له سجلا يمكن به معرفة انتمائه واتجاهاته السياسية، ولذلك فكلما كان المرشح لعضوية المحكمة قاضيا كلما كان ذلك أكثر دقة في معرفة الانتماء السياسي له (38).

وعندما رشح نيكسون «وارن بيرجر» كرئيس للمحكمة فإنه كان واثقا من اتجاهه المحافظ نظرا لسبق خدمته لمدة ثلاث عشرة سنة بمحكمة الولايات المتحدة للاستئناف بمركز كولومبيا، وقد أظهرت هذه الفترة اتجاهاته التحفظية بوضوح.

وعندما خاب ظن الرئيس ايزنهاور في «ايرل وارن» والذي رشحه كنوع من الجائزة السياسية له لمساندته ترشيح ايزنهاور إبان كان محافظا لكاليفورنيا، فقد قرر ألا يختار ثانية للمحكمة العليا إلا من بين القضاة.

وحتى عندما يتم الاختيار من بين القضاة فلا يمنع الأمر من خيبة الأمل أيضا، وهذه الحالات ليست نادرة فنقريبا ربع القضاة انحرفوا عن توقعات الذين عينوهم.

وعندما سئل ايزنهاور عما إذا كان قد ارتكب خطأ كرئيس قال نعم وهما الجالسان بالمحكمة العليا (39) وكان يقصد رئيس القضاة إيرل وارن وأيضا القاضي بريان.

والحقيقة أن صدمة الرؤساء في اتجاهات القضاة موجودة منذ القدم، ولعل أول صدمة كانت من نصيب الرئيس ماديسون في اتجاهات القاضي ستورى الذى عينه ليكون مضادا لمارشال إلا أنه سرعان ما تبني ذات المبادئ التى آمن بها مارشال فيما يتعلق بالمسائل الدستورية وضرورة تقوية السلطة المركزية.

وكان هارى ترومان الذى تولى رئاسة الولايات المتحدة سنة ١٩٤٥ قد أكد أنه حاول السيطرة على المحكمة عن طريق التعيينات إلا أنه فشل فما أن يعين شخصا ما بداخلها حتى يكف عن صداقته واتفاقه معه، وقد عين ترومان أربعة لم يعجب بأدائهم جميعا وخاصة صديقه الحميم والذي كان مدعيا عاما «توم كلارك» والذي فجع في موقفه ضده في قضية عمال مصانع الصلب سنة ١٩٥٢، إذ لم يجز كلارك وخمسة من زملائه أمر ترومان بالقبض على هؤلاء العمال.

وقد رشح «نيكسون» القاضي هارى بلاكمان سنة ١٩٧٠ كى يقوى من الاتجاه المتحفظ بزعامة رئيس المحكمة وارن بيرجر بحسبان أن الصداقة بين بلاكمان وبيرجر كانت قوية للغاية لدرجة أن الصحافة أسمتهما توم ميسوتا، إلا أنه تدريجيا بعد دخول بلاكمان للمحكمة اتجه إلى الجناح الليبرالى بها (40).

وعلى الإجمال فإن الرؤساء الذين بقوا في الاختيار كانوا أوفر نجاحا من هؤلاء الأقل دقة.

ورغم ذلك لا ينتظر من القاضى أن يتفق مع كل قرار للرئيس لأن وقائع القضية والقانون تؤدى

كثيرا للوصول إلى نتائج بخلاف ما يتمنى القاضي.

ولا يعد الرئيس نيكسون فاشلا في اختياره - إذ إنه حقيقة كان من الناجحين في الاختيار - لمجرد أن المحكمة العليا قررت بالإجماع في قضية فضيحة ووترجيت تسليم تسجيلات أحاديته إلى جهة التحقيق، الأمر الذي كان يعنى بإليدها القضاء على مستقبل نيكسون السياسي وهو الأمر الذي حدث بالفعل.

والحقيقة أن الذي يده في الماء ليس كالذي يده في النار، ولا جدال في أن مواقف القاضي السابقة قبل دخوله المحكمة لا بد وأن تختلف عن مواقفه بعد أن أصبح عضوا عاما في كتيبة المحكمة، وبعد أن يشعر باستقلاله الكامل وخدمته مدى الحياة وحصانته.

وكان إيرل وارن (41) قد أكد بعد أن استقال من قيادة المحكمة لمدة ستة عشر عاما أنه لا يتصور أن يكون المرء عضوا بالمحكمة ولا يغير اتجاهاته بتغير السنين.

٢- الترشيح كجائزة سياسية أو شخصية:

إن معظم المرشحين للمحكمة العليا كانوا على علاقة شخصية بالرؤساء الذين رشحهم والرئيس ثرومان يعد من أكثر الرؤساء اهتماما بهذا العامل.

وكما أسلفنا فقد كان ترشيح إيرنهوار لإيرل وارن كرئيس للمحكمة العليا نظرا لشعوره أنه مدين له لمساندته الرئيسية للرئيس في انتخابات سنة ١٩٥٢ إبان كونه محافظا لكاليفورنيا.

كما أن فرانكلين روزفلت اختار (برين) لعضوية المحكمة سنة ١٩٤١ لكي يعوضه عن حرمانه من ترشيحه كمنائب رئيس الحزب الديمقراطي سنة ١٩٤٠ ونظرا لخدماته الكبيرة التي قدمها لروزفلت، وكان اختيار جاكسون للقاضي تاني مبنيا على العلاقة الحميمة بينهما وقد فشل الترشيح لعضوية المحكمة ونجح لرئاستها. كما قد تكون الجائزة بمفهوم آخر وذلك لتحريك شخص مشاغب من منصبه وذلك هو الحال بالنسبة لترشيح الرئيس ويلسون (الجييس ماكرونولز) وترشيح الرئيس كوليدج (لهارلن ستون) إذ كان مبعث ذلك هو الرغبة في تحريك كل منهما من منصبه الذي كان يشغله وهو وزير العدل (رئيس دائرة العدل) نظرا لتسببهما في مشاكل كبيرة أثناء شغل هذا المنصب.

ويلاحظ أن حوالي ٩٠٪ من كل الترشيحات للمحكمة العليا كانت لأشخاص ينتمون لحزب الرئيس.

٤- الرغبة في الحصول على المساندة السياسية:

إنه لمن الطبيعي أن يحاول الرؤساء بناء مساندة سياسية قوية لهم لذا فقد استخدمت الترشيحات للمحكمة العليا في هذا الشأن مثلها مثل الترشيحات الوزارية وقد تكون الأولى أكثر قوة وأكبر أثرا، وفي البداية سعى الرؤساء لإعطاء كل إقليم في الدولة ممثل ليحصلوا على رضا أكبر عدد من المصوتين. وكان اختيار الرئيس كليفلاند للمدعو Fuller كرئيس للقضاة مرعا في التمثيل الجغرافي لكون المرشح من ولاية إلينوى، وقد حارب نيكسون لكي يضع جنوبي في المحكمة ليقوى من مساندته في هذا الإقليم. ولكن بصفة عامة فقد قل الاهتمام بالتوزيع الجغرافي الأمر الذي أدى إلى عدم توازن المحكمة جغرافيا، وقد ظهر بدلا من ذلك أسس أخرى للاختيار منها الأساس الديني ومحاولة تمثيل الأقلية الدينية، فقد جاء ترشيح كيندي لجولدرج وإيرنهوار لبرين مرعا في هذا الأمر، وقديما كان

اختيار الرئيس McKinely للقاضي McKenna لهذا السبب .

ويلاحظ أنه وجد دائما عضو كاثوليكي على الأقل بالمحكمة منذ سنة ١٨٩٤ وكذا وجد عضو يهودي على الأقل في الفترة من ١٩١٦ حتى ١٩٦٩. وما أن تحصل مثل تلك الجماعة على العضوية فإنها تعتبرها حقا لها وإن كان الرؤساء يحاولون المقاومة بالنسبة لهذه الوجهة من النظر، ويلاحظ أن التمثيل على أساس العنصر والجنس بات أكثر أهمية من التمثيل على أساس الدين فقد كان ترشيح (ثيرجود مارشال) للمحكمة السبب في عضوية أول زنجي بالمحكمة كما كان من الصعب على الرئيس ريجان⁽⁴²⁾ أن يقاوم الضغط الواقع عليه لترشيح امرأة وبالفعل اختار (ساندراي أوكتر) لهذا المنصب.

هذا ويلاحظ أن القضاة بالمحكمة العليا القادمين من السيدات أو على أساس ديني أو لكونهم من جماعات الأقلية يميلون لأن يكونوا ديمقراطيين متحررين عن أن يكونوا جمهوريين متحفظين، ويحاول الرؤساء من الجمهوريين كسب مساندة هذه الجماعات لصالحهم عن طريق الترشيحات للمحكمة كما فعل ريجان وإن كان هذا الأمر لم يحقق نجاحا ملحوظا.

ونخلص مما سلف إلى أن العوامل الأربعة سالفة الذكر ذات أهمية إلا أنها تختلف في الدرجة وأن الرؤساء يعطون أهمية لترشيحات المحكمة العليا عن غيرها من الترشيحات، وأن عامل الجدارة والأخلاق والانتماء السياسي أكثر أهمية من عامل الجائزة السياسية أو الشخصية ومحاولة كسب المساندة السياسية، وأن اعتبار قضاة المحكمة العليا أفضل من قضاة المحاكم الفيدرالية وأكثر تعبيرا عن وجهات نظر الرؤساء الذين رشحهم يكون مرجعه للدقة المبذولة في اختيارهم وهو الأمر المفقود بالنسبة للمحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا.

الفرع الثاني

العوامل المؤثرة على مجلس الشيوخ في تأكيد الترشيح

لا بد من موافقة ثلثي الحاضرين من أعضاء مجلس الشيوخ على المرشح (الفقرة ٢ من المادة ٢ من الدستور) ويحال الترشيح إلى اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ والتي تعقد جلسات استماع ثم تصوت على توصية لمجلس الشيوخ ليتخذ ما يلزم، ويتولى مجلس الشيوخ ذاته مناقشة الأمر ثم يتم التصويت بشأنه وترجع فشل الترشيحات لعدة عوامل مختلفة منها:

١- ما يرجع للرئيس : إذ يزداد الفشل كلما كان الحزب المعارض أكثر قوة داخل المجلس فإذا كان حزب الرئيس لا يشكل الأغلبية داخل المجلس فمن المتوقع فشل الترشيح. كما قد يكون السبب راجعا لتوقيت الترشيح فإن كان في الفترة الزمنية الأخيرة لولاية الرئيس فيمكن فشله، إذ حينئذ يمكن للمعارضة أن تجاهد من أجل إفشال الترشيح إلى حين نجاح مرشحها للرئاسة ومن ثم يمكن لهذا الأخير حال نجاحه أن يرشح شخصا ينتمي لها.

٢- ما يرجع إلى المرشح ذاته: إذ يؤثر بشدة على نجاح الترشيح المؤهلات الموضوعية للمرشح كما يراها الشيوخ فتكبر المعارضة للترشيح كلما ظهر على المرشح نقص في الكفاءة في عمله أو نقص في المستوى الأخلاقي المطلوب كما يهتم الشيوخ بالانتماء السياسي للمرشح وجهات نظره،

فإذا كانت مخالفة لوجهات نظر أغلبية مجلس الشيوخ فمن الصعب نجاح التشريع، وتلعب جماعات المصالح الهتمة دورا كبيرا في لفت أنظار مجلس الشيوخ لوجهات نظر المشرع.

ويلاحظ أنه بصفة عامة إذا توافر لدى المشرع صفتي الجدارة والأخلاق فإن المعارضة للتشريع الناجمة عن الاختلاف الأيديولوجي لا تؤدي عادة لإفشال التشريع نظرا لأن المسألة تبدو حزبية وغير عادلة، أما في حالة وجود ضعف في صفتي الجدارة والأخلاق فإن احتمال الفشل كبير بالنظر لأن المعتدلين من الشيوخ سينحازون لجهة المعارضة وسنعطى ثلاثة⁽⁴³⁾ أمثلة لتوضيح الأمر.

١- أبى فورتاس: الرئيس لندن جونسون رشع فورتاس ليشغل منصب قاض بالمحكمة العليا وقد تأيد ترشيحه في مجلس الشيوخ بأغلبية بسيطة، وفي يونيو ١٩٦٨ عبر رئيس القضاة إيرل وارن عن رغبته في الاستقالة وقام الرئيس جونسون بترشيح فورتاس ليحل محله.

وإثر ذلك قامت معارضة قوية لفورتاس مرجعها إلى أن فورتاس يمثل المتحريين في المحكمة ويعبر تماما عن اتجاه محكمة وارن، ومن ثم فقد جلب ذلك معارضة الشيوخ المتحفظين الذين جاهدوا لمنع جونسون من شغل هذا المنصب، لأنهم كانوا ينتظرون أن جمهورى سيتم انتخابه ويفضل أن يتولى التشريع رئيس جمهورى.

وهذه المعارضة لفورتاس والقائمة على الاختلاف الأيديولوجي قوى من عضدها تصرفان لفورتاس أخلا بمطالبات الجدارة والأخلاق، أولهما أن فورتاس استمر في استشارة الرئيس جونسون حينما كان عضوا بالمحكمة وبعض الشيوخ رأوا أن ذلك يهدر الاستقلالية في بعض الأمور التي تأتي للمحكمة مثل حرب فيتنام، ثانيهما أن فورتاس كان قد أعطى تسع محاضرات لطلبة إحدى الجامعات مقابل خمسة عشر ألف دولار دفعت من بعض رجال الأعمال، وقد رأى أن في هذا الأمر مبالغة ومساسا بالنواحي الأخلاقية. وقد أيد ترشيح فورتاس باللجنة القضائية وكانت الأصوات (إحدى عشر مؤيدا) مقابل ستة معارضين، ولكن بالمجلس نفسه حدثت مشادة كبيرة بين الأعضاء وانتهى التصويت إلى تأييد من خمسة وأربعين صوتا ومعارضة من ثلاثة وأربعين وكان ينقصه أربعة عشر صوتا ليحقق الحد الأدنى وهو موافقة ثلثي مجلس الشيوخ الحاضرين، وقد أيدته ثلاثة وثلاثون من الديمقراطيين الشماليين مقابل أربعة رفضوه ولكن الجمهوريين والجنوبيين كانت معارضتهما قوية لدرجة تكفي لإفشال التشريع.

٢- وليم رنكوست: في سنة ١٩٧١ رشع الرئيس نيكسون وليم رنكوست للمكان الشاغر كقاض بالمحكمة العليا وقد كان يشغل منصب مساعد وزير العدل ومسقط رأسه أريزونا، وقد عارض هذا التشريع الشيوخ المتحريون وذلك نظرا لسجل رنكوست الشديد التحفظ في مجالات الحقوق والحريات المدنية، وقاد المعارضة المؤتمر القياى للحقوق المدنية والاتحاد الأمريكى للحريات المدنية.

ورغم ذلك فقد كانت المعارضة ضعيفة للسبب الذى أسلفناه ألا وهو انحصارها في إطار الاختلاف الأيديولوجى حيث إن مقدره وأخلاقيات رنكوست لا جدال عليها.

وقد تأيد ترشيح رنكوست بواسطة ٦٨ صوتا ضد ٢٦ معترضاً. ويلاحظ أن الاعتراض على شخص رنكوست لانتتمائه الأيديولوجى لم يؤد لفشل التشريع حيث إن هذا الاعتراض لم يمنع بعض الديمقراطيين المختلفين معه أيديولوجيا من تأكيد ترشيحه.

٢- روبرت بورك : فى سنة ١٩٨٧ حدث خلاف كبير حول ترشيح الرئيس ريجان للقاضى بورك، والذى عرف كمحام وقاض، وكان من أكثر المنتقدين⁽⁴⁴⁾ لقرارات المحكمة العليا فى عهدى وارن وبيرجر، وكان يدافع دائما عن القصد الأصلى لواءضى الدستور والمصدقين عليه، وعن ضرورة الالتزام بمبدأ التقيد القضائى.

وإثر الترشيع استمعت اللجنة القضائية له وللعديد من المحامين وأساتذة القانون بشأنه، واشتد الخلاف حوله فى الإذاعة والتلفزيون والجرائد والمجلات، وكان معارضوه يؤكدون أن تأكيد ترشيحه يشكل تهديدا للحقوق المدنية وحركة المرأة.

وتأثرا بكل ما سلف رفض مجلس الشيوخ تأكيد ترشيح بورك بنسبه كبيرة تعد أكبر نسبة فى تاريخ رفض الترشيحات.

ويمكن استخلاص عدة حقائق مما سلف:

١- إن الرفض يعد استفتاءً عاما على آراء القاضى بورك فى التفسير الدستورى، ومن ثم فإن أفكاره المتعلقة بالقصد الأصلى والتقيد التى اعتبرها ديمقراطية غير مقبولة من الوجهة الديمقراطية.

٢- إن موقف محكمة الثمانينات مقبول عامة ولا يرغب فى تحويله جذرياً.

٣- إن جماعات المصالح المضادة للترشيح كانت جيدة التنظيم، وأن اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ يسيطر عليها الديمقراطيون.

٤- ضعف مكانة الرئيس ريجان فى أواخر أيامه⁽⁴⁵⁾.

المطلب الثالث

حصيلة الاختيار النهائية

إن الشيء الذى يثير الاستغراب حقيقة هو أن الدستور الأمريكى لم يشترط لعضوية المحكمة العليا أن يكون ذلك العضو من القانونيين، إلا أن هذا لم يمنع من اشتراط ذلك عمليا رغم غياب النص، والصفة القانونية تثبت للشخص بأحد أمرين أولهما التدريب القانونى والذى يكون عن طريق محام من الأعضاء البارزين فى النقابة، وهذه الطريقة أصبحت قديمة ويعتبر آخر قاض عين بعد حصوله على التدريب القانونى القاضى «جيمس بريتن» والذى عين سنة ١٩٤١.

وثانى هذين الأمرين هو الدراسة لإحدى كليات الحقوق وهذا هو السائد الآن.

والسؤال الذى يثار الآن هو كيف يصل القانونى لعضوية المحكمة العليا؟.

هناك طريقان، أولهما العمل بالمكتب السياسى ويتم التدرج فى المناصب حتى المحكمة العليا، ومن ذلك إيرل وارن والذى مارس القانون لمدة ثلاث سنوات ثم شغل عدة مناصب هامة حتى انتخب وزير عدل لإحدى الولايات ثم حاكم ولاية ثلاث مرات ثم أصبح مرشحا رئيسيا للحزب الجمهورى فى انتخابات سنة ١٩٤٨ حيث رشع كئائب للرئيس.

والطريق الثاني الأقل شيوعا هو الانتقال للمحكمة مباشرة من العمل الخاص دون المرور بالطريق الأول، ومن ثم فقد يحدث تخطي هذا الطريق ومن ذلك فرانكفورت وفورتاس وياول.

ويلاحظ أن القضاة الذين عينوا بالمحكمة العليا كانوا من كبار السن رغم أن هذا الأمر يثير الدهشة إذ من المفترض أن يتم تعيين قضاة صغار السن كي تطول فترة خدمتهم في المحكمة وتزداد بالتالي فترة تمثيلهم للرؤساء الذين يعينونهم، وقد يفسر هذا التناقض أنه حتى يصل الشخص إلى المناصب العليا التي يتم اختيار القضاة منها فإنه يحتاج إلى فترة طويلة من الزمن إضافة إلى أن الكفاءة والجدارة تحتاجان لوقت طويل.

ويلاحظ أيضا أن مستوى القضاة بالمحكمة العليا مرتفع إذ إن المستوى الاجتماعي المرتفع كان مهما للحصول على التدريب القانوني كما أن الدراسة بكلية الحقوق غالبية الثمن.

ولكن حدث انخفاض نسبي في هذا الشرط قليلا منذ سنة ١٩٢٧ فوارن بيرجر مثلا كان يدرس في كلية حقوق ويبيع بوالص تأمين أثناء النهار. ويمكن القول إن اتساع مجال القضاء ومجالات العمل بالحكومة الفيدرالية فتح باب الوصول إلى مناصب عليا في هذه القطاعات لأشخاص من مستوى يبيى أقل ارتفاعا، وهناك من أشار إلى أن المحكمة العليا⁽⁴⁶⁾ في الفترة من ١٩٦٩-١٩٨٠ كان بها أكبر عدد من القضاة الذين ينتمون إلى مستويات متواضعة في فترة زمن محددة - إلا أنه رغم ذلك فمستوى القضاة بصفة عامة مازال مرتفعا.

ومن ثم نستطيع أن نقول بصفة عامة إن قرارات المحكمة العليا تعكس ضمير المستوى المرتفع عن الفئة المتوسطة من المجتمع الأمريكي وذلك لأن معظم القضاة نشأوا من هذا المستوى، ويلاحظ أن تمثيل الزوج والنساء بالمحكمة قليل جدا إذ إن ثرجود مارشال وساندرادى اوكتر هما أول زنجى وامرأة يعينان بالمحكمة، وتفسير ذلك أن المرأة والزوج يواجهان صعوبة بالغة في الحصول على التعليم القانوني كما أن هناك حدودا لإمكانتهما في الترقى في المهن القانونية والسياسية وبالتالي فإن أشخاصا قليلين جدا من هاتين الجماعتين هما اللذان يمكنهما الوصول إلى مراكز عالية والتي يتم اختيار القضاة منها، إذ لا بد أن يكون الشخص في مكانة تجعله مريثا من قبل رئيس الدولة أو المشتركين في عملية الترشيح، ومن ثم يحدث أن يوجد شخص تتوافر فيه المؤهلات اللازمة لشغل منصب قاض بالمحكمة العليا ورغم ذلك لا يرشح لأنه شخص غير معروف ومستقل مؤهلاته موضع شك نظرا لمركزه البسيط⁽⁴⁷⁾.

المبحث الثالث

محل الرقابة الدستورية

تمهيد:

إن رقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة العليا تنصب على القوانين الفيدرالية وكذا القرارات الرئاسية الصادرة من رئيس الولايات المتحدة الأمريكية، كما تنصب تلك الرقابة على القوانين الصادرة بالولايات والأوامر المحلية.

وسوف نبحث في مطلب أول موقف المحكمة العليا من القوانين الفيدرالية وفي المطلب الثاني سوف نبحث موقفها من القرارات الرئاسية وفي المطلب الثالث سوف نبحث موقفها من قوانين الولايات والأوامر المحلية.

وسوف نعبر بلفظ إلغاء القوانين أو القرارات لنعبر به حقيقة ليس عن الإلغاء القانوني ولكن عن الإلغاء الواقعي للقوانين والقرارات المقضى بعدم دستورتها، ذلك أن المحكمة العليا الأمريكية لا تملك سلطة الإلغاء القانوني أو حتى الإبطال التي تملكها المحكمة الدستورية في مصر وإنما تملك سلطة الامتناع عن تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته وعلى المحاكم الأدنى اتباعها، والحقيقة أن الأثر في النهاية يكاد يكون من الناحية الواقعية واحداً، لأنه لا قيمة لوجود نص قانوني دون إمكان تطبيقه عن طريق المحاكم.

وهكذا يغزو تدخل الكونجرس بإلغاء النص المقضى بعدم دستوريته من المحكمة العليا من قبيل إعدام الميت - إن جاز هذا التعبير -

المطلب الأول

موقف المحكمة من القوانين الفيدرالية

إن أول قضاء بعدم دستورية قانون صادر عن الكونجرس تم سنة ١٨٠٣ في قضية ماربري ضد ماديسون، ومنذ ذلك التاريخ وحتى سنة ١٩٨٣ ورد بأحد الإحصاءات أن المحكمة قد قضت في مائة وأربعة عشر قانوناً فيدرالياً بعدم الدستورية، وهذا الرقم يشير إلى أن المحكمة قد استعملت سلطتها في الرقابة أكثر من مرة كل سنتين بمعنى أن الاستعمال قد جاء متكرراً، ومن ناحية أخرى فذلك الرقم يشكل جزءاً صغيراً جداً من القوانين التي صدرت عن الكونجرس في تلك الفترة والتي تروى على أكثر من ستين ألف قانون (48).

ونظراً لأن القوانين التي قضى بعدم دستورتها كانت في معظمها شديدة الأهمية فقد ظهر أثر الرقابة الدستورية جلياً وبصورة تفوق النسبة الرقمية السالفة.

ولقد قضت المحكمة بعدم دستورية قوانين هامة (49) كما حدث في قضية العبد بردسكوت حيث قضى بعدم دستورية القانون المحرم للعبودية، وفي الفترة من سنة ١٩١٨ إلى سنة ١٩٢٢ قضت المحكمة بعدم دستورية قوانين عمالة الطفل، وفي الفترة من سنة ١٩٣٥ إلى سنة ١٩٣٦ قضت

المحكمة بعدم دستورية قوانين المعاملة الجديدة. وهناك العديد من القوانين التي قضى بعدم دستورتها لأسباب إجرائية ومعظم تلك القوانين من النوعية السالفة لم تكن لها أهمية بالنسبة للأهداف السياسية للكونجرس والرئيس، كما وجدت قوانين قد أُلغى منها بعض الأجزاء غير الهامة.

وفي كثير من الأحيان تقوم المحكمة العليا بإلغاء نصوص بعد مرور عدة سنوات من إصدارها، فحتى سنة ١٩٨٢ فإن نسبة ٦١٪ من إجمالي القوانين الملغاة من المحكمة العليا كانت قد طبقت لفترة تزيد عن أربع سنوات و ٢٨٪ طبقت لفترة تزيد عن اثنتي عشرة سنة (50).

وهذا الإلغاء الذي يتم بعد سنوات عديدة على النحو السالف من الطبيعي ألا يحدث نزاعاً مع الكونجرس خاصة إذا كانت الأغلبية المساندة لتلك القوانين قد انقضت مع مضي الوقت، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن أقلية من قوانين الكونجرس الهامة هي التي يتم إلغاؤها سريعاً.

ويمكن القول بأن الفترة من سنة ١٩١٨ إلى سنة ١٩٣٦ هي أكثر فترات النزاع بين المحكمة والكونجرس إذ ألغت المحكمة تسعة وعشرين قانوناً فيدرالياً ومعظم تلك القوانين كان له أهمية كبيرة، ففي الفترة من ١٩١٨: ١٩٢٨ ألغت المحكمة قانونين لعمالة الطفل وقانون الحد الأدنى للأجر مع عدة نصوص أخرى أقل أهمية وقد سبب ذلك بعض الضغينة لدى الكونجرس والرئيس، ومن سنة ١٩٣٣: ١٩٣٦ اشتركت المحكمة فيما أطلق عليه هجوماً كاسحاً على برنامج المعاملة الجديدة وهو الهجوم الذي انتهى بانسحاب المحكمة التكتيكي سنة ١٩٣٧.

وقد أُلغيت التشريعات بعدد أكبر خلال الفترة من ١٩٦٣: ١٩٨٢ ولكن معظمها كان غير هام وقديم، وإن كان هناك استثناءات على ذلك مثلما حدث في قضية (Buckley v Valeo) سنة ١٩٧٦ والتي قضت فيها المحكمة العليا بعدم دستورية أجزاء رئيسية وهامة من قانون الحملة الانتخابية الفيدرالي والمتعلقة بتمويل الحملة، وأيضاً قضية (Northern Pipeline Construction Co v. Mar-athon Pipeline Co.) سنة ١٩٨٢ والتي أُلغت فيها المحكمة نظام التفليس البنكي القضائي الذي كان قد أسسه الكونجرس.

وفي غير القضيتين سالفتي الذكر كانت تدخلات المحكمة عن طريق الرقابة الدستورية محدودة وغير منتظمة (51).

المطلب الثاني

موقف المحكمة من القرارات الرئاسية

تنظر المحكمة العليا في شرعية الأوامر الرئاسية بالإضافة إلى التشريع. وقد تكون تلك الأوامر (القرارات) مخالفة للقانون أو الدستور أو كليهما، وهكذا تستطيع المحكمة العليا أن تلغى سياسات رئاسية مثل إلغائها لسياسات كونجرسية.

وقد حدث وألغت المحكمة قرارات رئاسية للرئيس، ففي قضية Ex parte Milligan سنة ١٨٦٦ قضت المحكمة بأن الرئيس لينكون ينقصه السلطة في تأجيل ما يسمى (habeas corpus) وهو عبارة عن (إصدار أمر قضائي بقصد التحقيق في قانونية إيداع شخص في السجن) وكان الأمر يتعلق بالسجناء الحربيين.

وفي قضية (Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer) سنة ١٩٥٢ أعلنت المحكمة أن

من غير القانوني للرئيس ترومان أن يأمر الحكومة الفيدرالية بأن تغلق شركات الصلب الرئيسية أثناء فترة الإضراب في الحرب.

وفي قضية "Train v. City of New York" سنة ١٩٧٥ حددت المحكمة من سلطة الرئيس في رفض صرف النقود المخصصة بواسطة الكونجرس والذي استعمل من قبل الرئيس نيكسون كي يخفض أو يلفي برامج لا يوافق عليها، وهو الأمر المسمى "Impoundment" أي (التحجيز أو المصادرة).

وفي إحصائية أجريت سنة ١٩٥٧ تبين أن حوالي أربع عشرة قضية فقط من اللاتي قضى فيهن طوال تاريخ المحكمة العليا بعدم شرعية أعمال رئاسية ونصفهن يرجع لأسباب دستورية⁽⁵²⁾.

والحقيقة أن تدخل المحكمة في القرارات الرئاسية بإلغائها مثله مثل تدخلها في القوانين الكونجرسية يشتم بعدم الانتظام.

المطلب الثالث

موقف المحكمة من قوانين الولايات والأوامر المحلية

تقوم المحكمة العليا برقابة دستورية القوانين والأوامر المحلية بصورة أكبر كثيرا من استعمالها لرقابة الدستورية بالنسبة للقوانين الفيدرالية، فقد ورد بأحد الإحصائيات أنه حتى نهاية سنة ١٩٨٢ كانت المحكمة قد ألغت ١٠٨٨ قانونا ولائيا وأوامر محلية وذلك لمخالفتها للدستور أو القوانين الفيدرالية، والعديد من الإلغاءات تؤثر بصورة غير مباشرة على قوانين بالولايات ليست محلا للطعن، ففي سنة ١٩٧٣ في قضية (Roe v. Wade) وقضية (Doe v. Bolton) ألغت المحكمة مباشرة قوانين الإجهاض في ولايتين، ولكن من المفهوم ضمنا أن ذلك سينعكس على مشروعية القوانين المماثلة في باقي الولايات، ويوجد فارق مماثل بالنسبة لإلغاء المحكمة للقرارات الصادرة عن الولايات إذ يفوق بصورة كبيرة إلغاءها للقرارات الصادرة عن رئيس الولايات المتحدة.

ورقابة الدستورية عن طريق المحكمة العليا لقوانين الولايات تمس العديد من الأمور الهامة في سياسة الولاية، فالعديد من الأحكام ساهمت في إلغاء الأساس القانوني للفرقة العنصرية في الولايات الجنوبية، ورفضت المحكمة على الولايات مجموعة جديدة من القواعد التي يجب مراعاتها بالنسبة للإجراءات فيما يتعلق بالقضايا الجنائية وكيفية معاملة المتهمين الجنائيين، كما حددت المحكمة من سلطة الولايات في تنظيم المسائل الاقتصادية التي يختص بها الكونجرس وفق فقرة السيادة الدستورية .

ونخلص مما سلف إلى أن المحكمة العليا الأمريكية وإن كان لها دور كبير في صنع السياسة في أمريكا إلا أنها ليست الأهم على وجه الإطلاق، ذلك أن النظرة الإحصائية لنشاط المحكمة تثبت أن نشاطها مقصور أساسا على مسائل الحريات المدنية وبعض كل المسائل الاقتصادية، أما تلك المتعلقة بالقانون الخاص مثل العقود والتعويض عن الإيذاء الحادث للأشخاص والاستيلاء والإضرار بالملكات فإن دورها محدود جدا .

والمحكمة الحالية ذات دور محدود أيضا فيما يتعلق بإدارة الحكومة للاقتصاد والسياسة الخارجية، وهما مجالان من أهم أنشطة الحكومة.

الفصل الثاني

تطور الرقابة على دستورية القوانين فى النظام الدستورى المصرى

تقسيم:

مرت رقابة دستورية القوانين فى مصر بثلاث مراحل أولها سابقة على إنشاء المحكمة العليا وثانيها مرحلة المحكمة العليا وثالثها مرحلة المحكمة الدستورية العليا.

وقد رأينا تخصيص مبحث مستقل لكل مرحلة.

وفى المبحث الأول رأينا أن ندرس موقف الفقه وموقف القضاء كلا فى مطلب مستقل، وفى المبحث الثانى رأينا أن ندرس تشكيل المحكمة العليا والملاحظات عليه فى مطلب أول، وفى المطلب الثانى رأينا دراسة اختصاصات المحكمة ومدى اختصاصها بالنسبة للوائح، وخصصنا المطلب الثالث لدراسة طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره .

أما المبحث الثالث المتعلق بالرقابة على دستورية القوانين فى ظل المحكمة الدستورية العليا فقد قسمناه إلى مطلبين، بحثنا فى الأول منهما تشكيل المحكمة والملاحظات عليه وضمائانات الأعضاء، وفى المطلب الثانى بحثنا محل الرقابة.

وعلى ذلك ستكون دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى:

المبحث الأول: رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا.

المطلب الأول: موقف الفقه.

المطلب الثانى: موقف القضاء.

الفرع الأول: موقف القضاء العادى.

الفرع الثانى: موقف القضاء الإدارى.

المبحث الثانى: رقابة دستورية القوانين فى ظل المحكمة العليا.

المطلب الأول: تشكيل المحكمة والملاحظات عليه.

- المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية وموقفها من اللوائح.
- الفرع الأول: اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية.
- الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من دستورية اللوائح.
- الفرع الثالث: موقف الفقه من رقابة المحكمة العليا للوائح.
- المطلب الثالث: طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره وحجيته.
- المبحث الثالث: رقابة دستورية القوانين في ظل المحكمة الدستورية العليا.
- المطلب الأول: تشكيل المحكمة والملاحظات عليه وضمانات الأعضاء.
- الفرع الأول: تشكيل المحكمة.
- الفرع الثاني: ملاحظات على التشكيل.
- الفرع الثالث: ضمانات أعضاء المحكمة.
- المطلب الثاني: محل الرقابة الدستورية.
- الفرع الأول: القوانين كمحل للرقابة.
- الفرع الثاني: اللوائح كمحل للرقابة.
- الفرع الثالث: ما لا يصلح محلا للرقابة.

المبحث الأول

رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا

في البداية أغفل المشرع المصري تنظيم الرقابة فلم تنص الدساتير المتعاقبة من دستور ١٩٢٣ وحتى ما قبل دستور ٧١ على تلك الرقابة رغم أهميتها، وسوف نستعرض موقف الفقه والقضاء المصريين خلال هذه المرحلة التي غاب فيها النص على رقابة الدستورية.

المطلب الأول

موقف الفقه

نظرا للصمت الدستوري فقد حدث خلاف⁽⁵³⁾ بين الفقهاء حول رقابة الدستورية واتجه غالبية⁽⁵⁴⁾ الفقه إلى تأييد الرقابة على دستورية القوانين واستنتوا في ذلك لما يلي:

١- ضرورة احترام مبدأ الشرعية فاية حكومية قانونية لا بد وأن تخضع لهذا المبدأ ولا بد من احترام القاعدة الدنيا للقاعدة العليا ولا يجوز المغايرة في الحكم بين شرعية اللوائح ودستورية القوانين.

٢- تخضع جميع السلطات داخل الدولة للدستور فإذا خالفته السلطة التشريعية فلا يمكن إجبار

القضاء على السير في هذه المخالفة ومن ثم يحق له القضاء بعدم دستورية القانون ولا يعنى ذلك إلقاء له، فالقاضي ملزم بتطبيق قوانين البلاد العادية واحترام الدستور في ذات الوقت وتحت إعلاء كلمة الدستور يحق له الامتناع عن تطبيق القانون المخالف⁽⁵⁵⁾ ومن ثم فرقابة الدستورية من صميم عمل القاضي.

هذا وقد اتجه قلة⁽⁵⁶⁾ من الفقهاء إلى رفض الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، بحسبان أن القضاة تعينهم السلطة التنفيذية وليسوا ممثلين للأمة فلا يمكن أن يكونوا رقباء على ممثلي الأمة، وأن نص المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية القديمة (والمقابلة للمادة ١٨) من قانون نظام القضاء تقضى بمنع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها ومن ثم يتمتع على المحاكم رقابة دستورية القوانين.

كما ورد بالمذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٢٤ الخاص بتعطيل بعض أحكام القانون ٢٦ لسنة ١٩١٢ الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية بأنه ليس لأية هيئة قضائية في مصر حق الرقابة على دستورية القوانين، كما استند أيضا لبدأ الفصل بين السلطات لرفض الرقابة وأن دور القاضي ينحصر في تطبيق القانون حتى ولو خالف الدستور بحسبان أن وزير المخالفة حينئذ يقع على المشرع⁽⁵⁷⁾، وأن امتناع القاضي عن تطبيق القانون غير الدستوري يعد تعديا على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلها إلى إهدارها، وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التي ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور كما تفهمه هي.

وقد رد على ما سلف على أساس من أن القضاة لا يخضعون للسلطة التنفيذية⁽⁵⁸⁾ بعد تعيينهم، وأن المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة ١٨ المقابلة لها لا تؤيدان لمنع رقابة دستورية القوانين وإلا لكان من الأولى منع القضاء من رقابة قانونية اللوائح بحسبان أن اللائحة أعلى من الأمر الإداري وهذا ما لم يقره القضاء والفقهاء، كما أن الحجة المستمدة من المذكرة التفسيرية مبرور عليها بأنها غير ملزمة⁽⁵⁹⁾، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمنع الرقابة إذا فهم بمعناه الحقيقي وهو الفصل المشرع بروح التعاون بين السلطات وقدرة كل منها على إيقاف الأخرى عند حدودها الدستورية.

وبور القاضي إذا كان تطبيق القانون فإن القانون لا بد وأن يفهم بمعناه الواسع والذي يشمل القانون الأعلى وهو الدستور، ومن ثم فطرح القانون احتراماً للدستور ليس تدخل في اختصاص السلطة التشريعية وإنما ممارسة طبيعة للاختصاص القضائي، إذ إن القضاء لا يلغي القانون وإنما يستبعد من التطبيق فحسب مع استمرار وجوده قائماً.

المطلب الثاني

موقف القضاء

الفرع الأول

موقف القضاء العادي

أثيرت مسألة دستورية القوانين لأول مرة أمام القضاء المصري في سنة ١٩٢٤ وذلك عندما دفع بعدم دستورية القانون رقم ٢٧ الصادر في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٢٣ المعدل للمادة ١٥١ عقوبات، والخاص بمعاقبة من ينشر أفكارا ثورية يحيد فيها تغيير النظم الأساسية للدولة على أساس أن ذلك القانون يخالف المادتين ١٦٤ و١٦٥ من دستور ١٩٢٣، وقد رفضت محكمة جنايات الإسكندرية التي قدم أمامها الطعن هذا الدفع وحكمت بالعقوبة، وأيدت محكمة النقض محكمة الجنايات على أساس من أن القانون صدر من الجهة التي تملك الولاية التشريعية ولم تحدث مخالفة للمادتين ١٦٤، ١٦٥ فحرية الرأي المكفولة يجب أن تكون في حدود القانون ولم تحدث مخالفة للمبادئ الأساسية المقررة بالدستور، ولا يظهر من هذا الحكم إذا ما كانت المحكمة تقر لنفسها على نحو جازم برقابة الدستورية⁽⁶⁰⁾ أم لا.

كما طرح الأمر أمام محكمة الجنح الجزئية بتلا ذلك عندما دفع بعدم دستورية قانون الانتخاب الذي تم تعديله أثناء غيبة البرلمان سنة ١٩٢٥ بمناسبة محاكمة العمد المضربين والرافضين استلام دفاتر الانتخاب، وانتهى الأمر إلى إدانة العمد وحدث خلط بين قانون الانتخاب في ذاته ووسائل تنفيذه⁽⁶¹⁾.

وفي ٥ ديسمبر ١٩٢٠ أصدرت محكمة النقض حكما بصحة القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ الذي صدر أثناء إيقاف الحياة النيابية بموجب الأمر الملكي رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨، ومن درس أسباب الحكم يتبين له أن محكمة النقض ناقشت أوجه صحة القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ مما يستفاد منه قبول المبدأ بتردد وبغير وضوح⁽⁶²⁾.

ومما يفخر به ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الأهلية في أول مايو ١٩٤١⁽⁶³⁾ (64)، ورغم وجاهة هذا الحكم إلا أن محكمة استئناف مصر الأهلية قد ألغته استنادا إلى حجج الرأي المعارض لرقابة دستورية القوانين.

وقد انتقد⁽⁶⁵⁾ الفقهاء الحكم الأخير بشدة.

وللقضاء الجنائي⁽⁶⁶⁾ المصري المختلط رأى في شأن الدفع بعدم دستورية القانون وذلك في الحكم الصادر من محكمة الجنايات المختلطة في ١٩٤٨/١٢/٩، إذ حدث أن اتهمت امرأة أجنبية من قبل النيابة العامة بالترويج للشيعوع عن طريق الدعوة للمذاهب الماركسية وأدانته النيابة بالمادة ٩٨ فقرة ٣ من قانون العقوبات والمرسوم بقانون رقم ١١٧ الصادر في ١٩٤٦/٨/١٤ والمعدل لها، وقد دفع بعدم دستورية ذلك المرسوم لأنه لم يعقب صدوره دعوة البرلمان لانعقاد غير عادي ولذا يسقط مفعوله تطبيقا للمادة ٤١ من دستور ٢٣، وقد بحثت محكمة الجنايات ذلك الدفع ورفضته لأسباب ذكرتها ملخصها أن القانون نافذ بالرضاء الضمني للبرلمان إذ عرض المرسوم على البرلمان في دورته العامة

فلم يقره أو يرفضه، وقررت المحكمة في حيثيات حكمها أنها لا تريد الدخول في النزاع القائم في فرنسا ومصر حول حق القضاء في بحث دستورية القوانين، وأكدت على أن كل ما تملكه في هذا الشأن هو التحقق مما إذا كانت الشروط الشكلية لوجود القانون في ذاته قد توافرت من عدمه وذلك من حيث الاقتراع على القانون وإصداره ونشره ومن حيث الشروط اللازمة لوجوده إذا صدر في غيبة البرلمان.

وهكذا يظهر لنا مما سلف أن الوضع حتى سنة ١٩٤٨ ظل بالنسبة لرقابة دستورية القوانين متأرجحا بين المحاكم المصرية البعض يقرها والبعض الآخر يرفضها، ومحكمة النقض ترفض حسم المسألة برأى قاطع رغم عرضها عليها أكثر من مرة، ولم يقر القضاء العادي رقابة الدستورية إلا اقتداء بالقضاء الإداري على نحو ما سنعرض حالا.

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري

ويتمثل في قضاء محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا وسوف ندرس كلا منهما على حدة.

أ- موقف محكمة القضاء الإداري

كان مجلس الدولة قد أنشئ سنة ١٩٤٦ وعلى ما يبدو فإنه كان متحفزا لحسم هذه المسألة وجاءت الفرصة ليدلي برأيه في هذا الأمر سنة ١٩٤٨ وذلك في الحكم التاريخي الشهير الصادر في (٦٧) ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨. إذ أكد على حق (٦٨) المحاكم في بحث دستورية القوانين ويعتبر هذا الحكم فذاً ومتميزاً، ونظرا لأهميته فسوف نورد بعضاً من حيثياته في المتن إذ قررت المحكمة أنه (ومن حيث إنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين بل والمراسيم بقوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، أما القول بأن في هذا التصدي إهدارا لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية مما يعطل تنفيذه فإنه يقوم على حجة داحضة، إذ على العكس من ذلك فإن في هذا التصدي إعمالا لهذا المبدأ وضعا للأمر في نصابها الصحيح، ذلك لأن الدستور المصري وإن قرر المبدأ المذكور ضمنا حين حدد لكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذي تعمل فيه، عندما نص في المادة ٢٢ على أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور وفي المادة ٢٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وفي المادة ٣٠ منه على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ... إن الدستور المصري إذ قرر مبدأ الفصل بين أن يصرح به قد قرنه بمبدأ آخر أكده ضمنا وجعله متلازما معه حين قرر في المادة ٢٣ على أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين بالدستور وبذلك جعل استعمال السلطات لوظائفها ينتظمه دائما تعاون متبادل بينها على أساس احترام كل منها للمبادئ التي قررها الدستور، فالبلديتان متلازمان سيران جنباً إلى جنب ويكمل أحدهما الآخر وبغير ذلك لا تنتظم الحياة الدستورية لأنه إذا أهدرت إحدى السلطات أي مبدأ من مبادئ الدستور فإنها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطتها، وإذا جاز لها أن تتخذ من مبدأ فصل السلطات علة تتنزع بها لإهدارها الدستور لانتهى الأمر إلى فوضى لا ضابط لها، مما يقطع بأن التزام كل سلطة من تلك

السلطات مبادئ الدستور هو خير الضمانات لإعمال مبدأ فصل السلطات بل وتدعيم البنيان الدستوري جميعه.....).

ويظهر من ذلك أن المحكمة قد نهبت إلى أن مبدأ فصل السلطات مقترن بمبدأ آخر هو استعمال السلطات لوظائفها على الوجه المبين والموضح بالدستور، ولا بد من التعاون المتبادل بين السلطات ومن ثم فوفقاً لذلك المعنى لا تعارض بين مبدأ فصل السلطات والرقابة القضائية لدستورية القوانين إذ إن تلك الرقابة تحافظ على التوازن بين السلطات الثلاث.

وأضافت المحكمة (ومن حيث إن الدستور المصري إذا قرر في المادة ٣٠ منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يبدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع).

(ومن حيث إنه لا جدال في أن الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٢ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها ولكنه يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضيء عليه صفة العلو وتسمه بالسيادة بحسبانه كغفل الحريات وموئلها ومناطق الحياة الدستورية ونظام عقدها، ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مشارها أي القانونين هو الأجدر بالتطبيق، وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة وأن تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدودها الدستورية المرسومة لها، ولا ريب في أنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمل وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى والأجدر بالاتباع، وهي في ذلك لا تعتدى على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانوناً ولا تقضى بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه وغاية الأمر أنها تفضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في هذه الصعوبة وتقرر أيهما الأولي بالتطبيق، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلتزم بها القاضي والمشرع على حد سواء).

ويظهر لنا مما سلف كيف استطاعت المحكمة أن تحدد الأساس الذي يقوم عليه حق المحاكم في بحث دستورية القوانين باعتبار أن تعارض القانون مع الدستور هو صعوبة تتولد عن النزاع، وعلى المحكمة أن تفصل في هذه الصعوبة بموجب وظيفتها القضائية وبالمراعاة لسمو الدستور بصفته القانون الأساسي الذي هو مناط الحياة الدستورية.

وقد اختتمت المحكمة أسباب حكمها بسبب وجيه مستند من المادة (١٦٧) من الدستور إذ قررت (ومن حيث إن الدستور ذاته قد رد ذلك البداة القانونية في المادة ١٦٧ منه حين جعل نفاذ الأحكام السابقة عليه رهيناً بأن تكون متفقة مع أحكامه، وغنى عن البيان أن الخطاب في هذه المادة موجه إلى المحاكم التي قد يقوم لديها مثل هذا التعارض في التطبيق بين تلك القوانين وبين الدستور، وتلج في هذا النص دلالة مزبوجة إذ حين ناط بها بحث مطابقة تلك القوانين للدستور قد اعتبر أن حقها في هذا البحث من المسلمات كما أنه أكد سيادة الدستور العليا إذا ما تعارض مع القوانين العادية).

وبهذا^(٦٩) الحكم الغد تكون المحكمة قد حددت أساس الرقابة القضائية وأكدت هذه الضمانة التي

تعد من أهم الضمانات الأساسية في القانون العام رغم خلو الدستور من النص الصريح عليها. ويرى البعض أن أسباب هذا الحكم متشابهة مع الأسباب التي قررها مارشال لتبرير هذا النظام في الولايات المتحدة⁽⁷⁰⁾.

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري هذا الحكم بأحكام عديدة وتابعتها القضاء العادي وأصدرت محكمة النقض⁽⁷¹⁾ في ١٩٥٢/٢/٧ أول حكم لها يقر حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، وتواترت بعد ذلك أحكام القضاء العادي والإداري مؤكدة حق القضاء في رقابة دستورية القوانين إذا دفع بذلك أمامه ولم يقتصر ذلك الحق على جهة قضائية معينة بل كان ثابتاً لمختلف المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها.

وكانت المحكمة تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في القضية محل الدفع ولا تحكم المحاكم بعدم دستورية القانون ولا تنقيد محكمة أخرى بهذا القضاء ولا تنقيد نفس المحكمة التي أصدرت الحكم به في قضية أخرى مستقبلاً⁽⁷²⁾ فالحكم له حجية نسبية، ومن أهم التطبيقات القضائية التي قررت مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ما استقر في قضاء مجلس الدولة من عدم دستورية التشريعات التي تقفل باب الإلغاء والتعويض جميعاً، وقد تواترت الأحكام في هذا الاتجاه بحيث يمكن أن يستخلص منها مايلي:

١- إن المنع من سماع الدعوى في أي تصرف أو قرار صدر عن سلطة معينة (السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية) سواء بالطريق المباشر أو غير المباشر على نحو شامل مطلق هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية تترتب على تصرفاتها حتى تلك المخالفة للقانون (قانون الأحكام العرفية)، وإعفاء سلطة عامة إعفاءً مطلقاً شاملاً من كل مسئولية تحققت فعلاً في جانبها وحرمان الناس حرماناً مطلقاً من اللجوء للقضاء بأي وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس في الحرية وفي المساواة وفي التكاليف والواجبات والانتصاف، وهي حقوق طبيعية كفلها لهم الدستور ويكون بالتالي قد وقع باطلاً لفقدانه شرطاً من الشروط التي تنطبق عليها المادة ٤١ من الدستور وهو وجوب ألا يخالف الدستور⁽⁷³⁾.

وطبقاً لهذا المبدأ ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية ما نص عليه المرسوم بقانون ٦٤ لسنة ١٩٥٢ من أنه لاتسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبها.

٢- إن رقابة القضاء دون غيرها هي الطريق الفعال لكفالة الحقوق الطبيعية للأفراد وحيرياتهم العامة وبها يبقى النظام في حدوده الدستورية المشروعة، وكل نظام أرسى الدستور أسسه أو وضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما كان نظاماً استثنائياً لبدأ سيادة القانون ومن ثم لرقابة القضاء⁽⁷⁴⁾.

وقد قررت محكمة القضاء الإداري في حكم لها⁽⁷⁵⁾ أنه لوصح في الجدل أن المرسوم بقانون ١٨١ لسنة ١٩٥٢ - وهو المرسوم الخاص بالتطهير ويجوز فصل الموظفين في أحوال خاصة بغير الطريق التأديبي - قد استهدف منع التقاضي إطلاقاً سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء أو التعويض لأضحى قانوناً غير دستوري وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية.

وفي حكم آخر (76) قررت أن منع سماع دعوى التعويض بالإضافة إلى قفل باب الطعن بالإلغاء حكم مناف للأصول الدستورية إذ لا يجوز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها في الوقت ذاته من تعويض عادل.

ب- موقف المحكمة الإدارية العليا وتقييمه:

١- موقف المحكمة: حدد قضاء المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامه (77)، معنى القانون غير الدستوري بأن قال (إنه ذلك الذي خالف قضاء دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه ومرد ذلك أن الدستور - وهو القانون الأعلى فيما يقره - لا يجوز أن تهره أداة أدنى وأن وظيفة القضاء هو تطبيق القانون فيما يعرض له من الأفضية).

واستقر قضاء الإدارية العليا على أنه ليس في القانون المصرى ما يمنع القضاء من التصدى لبحث دستورية القوانين مادامت رقابته لهذه الدستورية تجد حرصا في نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون بون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه (78).

ورغم الموقف السابق للمحكمة وتقريرها الحق في رقابة دستورية القوانين إلا أنها تراجعت عن القضاء بعدم دستورية قوانين لا شك ولا جدال في عدم دستورتها ويظهر ذلك الاتجاه من التأمل في ثلاثة أحكام خطيرة أصدرتها المحكمة في ظل دستور ١٩٥٦ في ٨ يونيو ١٩٥٧، ٢٥ يونيو ١٩٥٧، ١٢ يوليو ١٩٥٨ على التوالي.

ففي الحكم الأول (79) ذهبت المحكمة إلى تقرير دستورية المادة ٢٩١ من القانون ٢٤٥ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم الجامعات رغم أنها تمنع (الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية جهة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة من الجهات الجامعية في شأن طلابها).

وفي الحكم الثاني (80) قررت المحكمة دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٢ فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو طلب التعويض عن القرارات الصادرة بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبي استنادا إلى المادة الأولى من نفس القانون.

وفي الحكم الثالث (81) قررت المحكمة أيضا دستورية المادة الثالثة من القانون ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ الصادر بإلغاء الأحكام العرفية والتي تنص على أنه «لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو خولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبيها أو وزير المالية والاقتصاد، أو أمر أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية، سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو بسحب أو بتعديله، أم كان غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة».

وقد قررت المحكمة الأحكام السابقة استنادا إلى المبادئ التالية (82):

١- إن إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته إذ إن الحق شيء ووسيلة المطالبة به شيء آخر، ومن ثم فإن المادة ٢٦١ من القانون ٢٤٥ لا تهره أو تمس أصل حق الطلاب في فرص الدخول في الامتحانات أو غيرها حسبما تقره القوانين أو اللوائح الجامعية (83).

٢- إن القانون هو الذى يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها قضائية كانت أو غير قضائية ولا

يلزم حتما أن تكون تلك الوسيلة قضائية أو قضائية بوجه دون آخر كطلب التعويض، بل المرد في ذلك كله إلى ما يرتبه القانون ويحدده وبالشروط والأوضاع التي يقررها لأنه هو الأداة الدستورية التي تملك ذلك كله في حدود الدستور بغير خروج على مبادئه⁽⁸⁴⁾.

٣ - إنه يجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء، فلا يجوز دستوريا حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء للاختصاص به لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضى وهو حق كفل الدستور أصله، إذ تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية وهي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة، ولكن للمشرع من ناحية أخرى أن يحدد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق لأن النصوص الدستورية تقضى بأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصها، ولا شبهة في تضييق اختصاص القضاء بعزلة عن نظر بعض الدعاوى مادام القانون هو الأداة التى تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصها.

٤ - إن النعى بعدم دستورية القانون لا يستقيم إلا إذا كان الحق الذى يعتدى عليه ذلك القانون من الحقوق التى يكفلها الدستور وكانت وسيلة اقتضائه عن طريق القضاء هي وسيلة يقررها الدستور كذلك، أما إذا كان الحق هو مما ينشئه القانون أو يلغيه وكذلك إذا كانت وسيلة اقتضائه هي مما ينظمه القانون على الوجه الذى يراه فلا يكون ثمة وجه للنعى بعدم دستوريته، فعلاقة الموظف⁽⁸⁵⁾ بالحكومة هي علاقة تنظيمية وتقليد الوظيفة العامة لا يرتب حقا فيها على غرار حق الملكية مثلا، ومن ثم فإن بقاءه فيها ليس حقا ينهض إلى مرتبة الحقوق الدستورية تلك الحقوق المنصوص عليها في الباب الثالث من الدستور.

٥ - إن قفل باب الطعن بالإلغاء والتعويض جميعا في أعمال سلطة أو هيئة عامة يكون مخالفا للدستور إذ صدر به مرسوم بقانون ولكنه يكون مشروعا وغير مخالف للدستور إذا كانت أداة إصداره هي القانون⁽⁸⁶⁾.

٦ - إن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، ولا يمكن أن تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بينهم (الطلبة) وبين طائفة أخرى من الأفراد لا شأن لهم في النظم الجامعية⁽⁸⁷⁾.

٢ - تقييم موقف المحكمة:

يظهر مما سلف أن هذه الأحكام تعد ردة عن الاتجاه القضائي الذى كانت تسيير عليه محكمة القضاء الإدارى، وهونت تلك الأحكام الأخيرة كثيرا من قيمة حق التقاضى استنادا إلى حق المشرع فى تحديد اختصاص القضاء، ونرى أن حق المشرع السالف لا يعد حلا للمشكلة القائمة كما أن التفرقة بين الحق وسيلة اقتضائه لا تغنى أيضا رغم أنها تفرقة فنية صحيحة لأن حق التقاضى بشأن الحقوق المختلفة يعد تعبيراً عن مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة، فسلطة المشرع إزاء حق التقاضى لا يجوز أن تتجاوز التنظيم إلى الإهدار والمصادرة ويتساوى فى تقديرنا أن يتم قفل باب الطعن بقانون أو بواسطة مرسوم بقانون، ولا يمكن فهم موقف المحكمة فيما يتعلق بفرض الحرمان من الالتجاء إلى القضاء على الناس كافة إذ إن ذلك فرض نظرى لا يخطر ببال أحد وإذا وقع جدلا فلن يكون اعتداء على حق التقاضى وحده وإنما على استقلال القضاء وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات⁽⁸⁸⁾.

وإذا كان لا شك في أن التفرقة في المعاملة بين أفراد ينتمون إلى نفس الطائفة (الطليعة مثلا) ينطوي على إخلال بمبدأ المساواة إلا أن شمول المعاملة الخاصة لطائفة أو جماعة بأكملها لا يعني دائما تحقق المساواة، فلا بد لتحقيق المساواة رغم شمول المعاملة الخاصة أن يكون هناك أساس (89) موضوعي معقول لتلك المعاملة.

هذا ويعمل هذه الردة القضائية في رأي د/ أحمد كمال (90) أبو المجد الوضع الاستثنائي المؤقت الذي اجتازته البلاد كلها بعد الثورة وهذا في حقيقته ليس إلا تعبيرا مهذبا عن حقيقة الوضع في فترة صدور تلك الأحكام حيث كانت الدكتاتورية على أشدها، ولا يمكن للقاضي أن يعمل حكم الدستور في ظل جو إرهابي وفي ظل اهتزاز مقعده (91) من أسفله ولا شك أن تلك فترة رهيبة طاغية أثرت على كل من عاصرها حتى القضاء، لأن القاضي فرد يعيش في مجتمع في نهاية الأمر.

وهذه الأحكام رغم إقرارها لحق المحاكم في رقابة دستورية القوانين إلا أنها انتهت إلى دستورية قوانين لاجدال في أنها غير دستورية، ومن ثم يظهر لنا جلجا مدى كون رقابة الدستورية وسيلة احتياطية لحماية الحقوق والحريات الدستورية أما الوسيلة الأصلية فهي تأمين روح الحرية واحترام الدستور لدى الحكام والمحكومين على حد سواء وهذا هو مضمون ما عبر عنه القاضي والفقيه ذائع الصيت ليرند هاند حيث قال:

«إن روح الحرية إذا اخمدت في قلوب الرجال والنساء فلن تجدى في إحيائها دساتير ولاقوانين ولامحاكم أما إذا عاشت حقيقة في تلك القلوب فإنها لن تحتاج إلى هذه الدساتير ولا القوانين ولا المحاكم (92)»

المبحث الثاني

رقابة دستورية القوانين في ظل المحكمة العليا

تمهيد:

كان قد نص بميثاق العمل الوطني الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٦٢ على ما يؤكد إقرار الرقابة على دستورية القوانين فقرر تحت عنوان ضمانات مبدأ سيادة القانون «ضرورة أن تقام كل الضمانات الكفيلة بسيادة القانون بحيث يصدر طبقا للدستور، ومن ثم فقد أصبح ملائما تقديرا للحرية ودعما لها أن يقرر إنشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصها (93)».

وقد أكد بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ على ضرورة إنشاء المحكمة الدستورية العليا والتي يكون لها تقرير دستورية القوانين وتطابقها مع الميثاق والدستور.

وأساس نشأة التفكير في إيجاد المحكمة الدستورية في أي دولة إنما يكون أساسا لمعالجة ثلاثة أمور، أولها الخشية من تضارب المحاكم في شأن دستورية قانون ما بحيث من المحتمل أن يعد دستوريا أمام محكمة وغير دستوري أمام محكمة أخرى وقد يعد دستوريا في دعوى وغير دستوري في دعوى أخرى أمام ذات المحكمة، وثانيها قصور رقابة المحاكم العادية إذ إنها لاتفعل أكثر من رفض تطبيق القانون غير الدستوري لكن يظل للقانون آثاره وفاعليته في غير نطاق الدعوى التي قال فيها القضاء كلمته، وثالثها الحاجة إلى محكمة دستورية يلجأ إليها ابتداء لتقول كلمة حاسمة في

إلغاء تشريع معين أو إبقائه⁽⁹⁴⁾.

وفي ٣١ أغسطس ١٩٦٩ واستنادا إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بإنشاء المحكمة العليا، وفي ٧ فبراير سنة ١٩٧٠ أصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل المحكمة، وفي ٢٥ أغسطس أصدر مجلس الأمة القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا وعقدت المحكمة العليا أولى جلساتها في ٣ مارس ١٩٧٠⁽⁹⁵⁾(٩٦)(٩٧).

المطلب الأول

تشكيل المحكمة والملاحظات عليه

نصت المادة (١) من قانون إنشاء المحكمة على أن المحكمة هي الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية، ونصت المادة (٣) من ذات القانون على أنها تتكون من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين، ويشترط فيمن يعين مستشارا بالمحكمة العليا طبقا لنص المادة (٦) أن تتوافر فيه الشروط العامة لتولي القضاء طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية وألا تقل سنه عن ٤٢ سنة ميلادية ويكون اختياره من بين الفئات الآتية:

أ- المستشارين الحاليين أو من في درجتهم من أعضاء الهيئات القضائية المختلفة ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها مدة ثلاث سنوات على الأقل.

ب- من سبق لهم شغل وظيفة مستشار أو ما يعادلها في الهيئات القضائية لمدة ثلاث سنوات على الأقل.

ج- المشتغلين بتدريس القانون بجامعة الجمهورية العربية المتحدة في وظيفة أستاذ لمدة ثمان سنوات على الأقل.

د- المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا لمدة ثمان سنوات.

وطبقا للمادة ٧ يتم تعيين رئيس المحكمة العليا بقرار من رئيس الجمهورية من بين أعضاء المحكمة العليا أو من غيرهم ممن تتوافر فيهم شروط التعيين ويجوز تعيين رئيس المحكمة دون تقييد بسن التقاعد، ويكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية ويكون تعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. ونصت المادة (٢) من قانون المحكمة العليا على أنها تؤلف من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين على أن تصدر أحكامها من سبعة مستشارين ونصت المادة ٢٢ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أن الأحكام وقرارات التفسير تصدر بأغلبية آراء.

ويلاحظ على تشكيل المحكمة:

١- لم يتم تقسيم المحكمة العليا إلى دوائر مثلما هو الحال في المحكمة الدستورية الألمانية⁽⁹⁸⁾ وهذا أفضل لتوحيد الاتجاه ومنع التضارب وهو الغاية المرجوة من إنشاء المحكمة العليا أساسا.

٢- لم يتم تحديد عدد الأعضاء وهذا يمنح السلطة السياسية فرصة إنقاص العدد أو زيادته لتحقيق أهداف سياسية ومن الأفضل تحديد عدد أعضاء المحكمة بمعرفة الدستور وألا يترك ذلك للقانون. فقد يحدث صدام بين الحكومة والمحكمة فتستغل الأولى الأغلبية البرلمانية المؤيدة لها في البرلمان لمحاولة تعديل قانون المحكمة وقد حدث شيء من هذا في عهد الرئيس روزفلت (٩٩). وقد حدد كل من الدستور الإيطالي والسويسري عدد أعضاء المحكمة. وتحديد العدد في الدستور أقوى من تحديده في القانون أما عدم تحديده في كليهما فهو معيب ويفتح الباب للأهواء وسيطرة السلطة التنفيذية.

٤- اشترط أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية عند تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها ولم يشترط ذلك عند تعيين رئيس المحكمة ولم يتقيد بسن القاعد بالنسبة له دونا عن الآخرين وهذه تفرقة لامبرر لها طالما لم يؤخذ بنظام أن للرئيس صوت مرجع عند تساوى الأصوات وعند احتساب الأغلبية، وأخذ رأى المجلس يعنى أن المسألة مجرد استشارة وأن هذا الإجراء شكلى وخال من أى أثر موضوعى، فيمكن بالتالى طرح رأى المجلس.

٥- جاء المشرع المصرى موفقا فى اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية إذ إن موضوع دستورية القوانين هو فى حقيقتها موضوع ذو طبيعة قانونية، ويرى د/ على الباز^(١٠٠) أن الاختيار كان يجب أن يكون من ضمن قائمة يدها المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ونحن نوافق سيادته على ذلك حالة كون العناصر المختارة قضائية أما فى حالة العناصر غير القضائية فهنا لا بد وأن يعطى دور لغير المجلس الأعلى للهيئات القضائية إذ لن يكون المجلس فى هذا الشأن هو صاحب الكلمة العليا أو الدقيقة، ومن ثم يكون من الأفضل ترك الترشيح فى هذه الحالة بالنسبة للمحامين لنقابة المحامين وبالنسبة لأساتذة القانون للمجلس الأعلى للجامعات، ولما كان الاختصاص الأساسى للمحكمة هو رقابة دستورية القوانين وهو موضوع من مواضيع القانون العام فكان من الأوفق أن ينص القانون على أن يكون الاختيار من بين أساتذة القانون العام، ونرى أيضا أنه كان من الأوفق أن يختار الأعضاء فيما بينهم رئيسا لهم وقد أخذ الدستور الإيطالى بذلك.

٦- يرى د/ محمد حسنين عبد العال^(١٠١) أنه يجب أن يكون تعيين أعضاء المحكمة من اختصاص السلطة القضائية وحدها فى صورة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويقرر أنه ليس هناك داع للاستشهاد بتجارب النول الأخرى إذ إن التاريخ الدستورى المصرى يظهر أن الخطر الحقيقى على احترام الدستور وسيادة القانون يكمن فى السلطة التنفيذية التى دأبت الدساتير المصرية بما فيها دستور سنة ١٩٧١ على جعل العديد من الاختصاصات لها بما يقربها على الخروج على الدستور والاعتداء على اختصاصات باقى السلطات.

ويرى د/ كمال أبو المجد^(١٠٢) فى رسالته السالفة أن تبخل السلطة التنفيذية فى تعيين القضاة ليس له أى تأثير إذ إن العبرة ليست بالتعيين ولكن بالقدرة على التدخل فى شئون القضاة بعد تعيينهم، ونرى أن هذا رأى قد يكون له وجهة بالنسبة للقضاة غير الدستوريين أما القضاة الدستوري فإنهم يراقب دستورية القوانين والتى هى من عمل السلطة التشريعية بالتعاون مع السلطة التنفيذية التى غالبا ما تقترح القانون، لذلك يجب لضمان الجدية خاصة فى النول التامية والتى لم ترسخ أقدامها فى الديمقراطية بعد ألا تنفرد أى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بالأمر وإنما من الأفضل أن تشارك السلطات الثلاث^(١٠٣) فى الاختيار، فيمكن أن يعد المجلس الأعلى للهيئات

القضائية قائمة بشاركه فيها المجلس الأعلى للجامعات ونقابة المحامين فى حدود ما ذكرنا وتقدم تلك القائمة التى يمكن أن يكون بها ضعف أو ضعفى العدد المطلوب لرئيس الجمهورية والبرلمان ليختار كلا منهما نصف العدد المطلوب، وهذه الطريقة فى تقديرنا بالإضافة إلى أنها لا تؤدى لانفراد سلطة من السلطات بعملية الاختيار فإنها تؤدى لدقة الاختيار وترفع كفاءة المحكمة، ولتغصص صعبية ازواج جهة الاختيار يمكن أن ينص فى قانون المحكمة على أن يكون العدد المطلوب تعيينه زوجيا وأن يحدد رئيس الجمهورية قراره أولا ثم البرلمان أو العكس حتى لا يتزامن القراران.

٧- يعاب على قانون المحكمة العليا أنه جعل التعيين لمدة مؤقتة وهى ثلاث سنوات قابلة للتجديد حيث نصت المادة السابعة على أن يكون تعيين رئيس المحكمة ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ومن ثم فيمكن عن طريق التجديد أو عدمه التأثير على اتجاهات المحكمة (104)، ويلاحظ أن أعضاء المحكمة العليا يعينون مدى الحياة فى أمريكا وفى إيطاليا يعين أعضاء المحكمة الدستورية لمدة تسع سنوات ونرى أن الأسلوب الأمريكى أفضل.

المطلب الثانى

اختصاص المحكمة العليا برقابة الدستورية وموقفها من اللوائح

الفرع الأول

اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية

حددت المادة (٤) من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والخاص بالمحكمة العليا اختصاص هذه المحكمة (105) على النحو التالى:

- ١- الفصل فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم.
- ٢ - تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمنا لوحة التطبيق القضائى.
- ٣ - الفصل فى طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة والقطاع العام.
- ٤ - الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص.

ويهمنا من تلك الاختصاصات الاختصاص الأول.

ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون السالف السبب الذى من أجله عقد الاختصاص برقابة دستورية القوانين للمحكمة العليا إذ قررت أن السبب هو الرغبة فى عدم ترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى فى الجمهورية العربية المتحدة وحتى لا يتباين وجوه الرأى فيه (106).

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المعنى فى حكم لها إذ قررت أن المشرع قد حسم بذلك الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التى كانت تنظر على الشيوخ بينها موضوع دستورية القوانين وكفل

وحدة النظام القانوني واستقراره وسد ثغرة عميقة في نظامنا القضائي والقانوني (107).

وكان مفهوم الفقرة (١) من القانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بالحكمة العليا أن المحاكم المختلفة ينحصر دورها في وقف الفصل في الدعوى الأصلية وتحديد مهلة لصاحب الشأن كي يرفع دعواه أمام المحكمة العليا، ولم يكن للمحكمة التي يثار أمامها الدفع أية سلطة تقديرية بصده و كان من شأن ذلك أن يؤدي لعرقلة السير في الدعاوى فيمكن للخصم الذي يريد التعطيل أن يدفع بعدم الدستورية وأنقلا من أن ذلك سيستجاب له، وقد تقادى المشرع هذا العيب الخطير حين اشترط في القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ (108) والخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا أن يكون الدفع جديا، ومن ثم يجوز للمحكمة التي أثير أمامها الدفع أن ترفضه حالة عدم جديته ويكون لمبدى الدفع حق التظلم أمام الجهة الأعلى في القضائين العادى والإدارى حسب الأحوال ولا يدخل للمحكمة العليا في هذا الشأن.

هذا ويلاحظ أن المشرع قد قصر اختصاص المحكمة العليا على طلب الفصل في دستورية القوانين التي تحال إليها عن طريق الدفع، ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل إلى المحكمة العليا قانونا يراد تطبيقه على الدعوى وترى عدم دستوريته، وهذا عيب كبير في نظام المحكمة العليا إذ سوف تضطر المحاكم إلى تطبيق قانون ترى أنه غير دستورى والمفروض أن عدم الدستورية من النظام العام.

ونظرا لهذا الموقف ذهب رأى في الفقه (109) إلى أن للمحاكم جميعا اختصاص محدود في مجال الرقابة على دستورية القوانين يختلف عن اختصاص المحكمة العليا فالمحكمة العليا هي وحدها التي تملك الحكم بعدم دستورية قانون أو بدستوريته ويكون حكمها ملزما لجميع جهات القضاء، بينما المحاكم الأخرى إما أن ترفض تطبيق قانون يظهر لها أنه غير دستورى شريطة ألا يثار دفع أمامها بعدم الدستورية وألا تكون المحكمة العليا قد قررت في نزاع آخر دستوريته وإما أن تستمر في نظرالدعوى متجاهلة الدفع بعدم الدستورية لعدم الجدية.

وذهب صاحب هذا الرأى أيضا أنه سواء اعتبرت المحاكم القانون دستوريا ورفضت الدفع أواعتبرته غير دستورى ولم تطبيقه فإن لهذا الحكم حجية نسبية حتى ولو كان صادرا من محكمة النقض أو الإدارية العليا فالحجية النسبية مقصورة على الأطراف والمحل والسبب.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأى ونرى أنه لازم انسياقا مع حكم الضرورة بحسبان أن هناك نقص في قانون المحكمة لأنه لم ينص على حالة عدم الدفع رغم عدم دستورية القانون، وهنا لا يمكن إجبار المحاكم على تطبيق قانون ترى أنه غير دستورى إذ إن عدم الدستورية من النظام العام.

الفرع الثانى

موقف المحكمة العليا من رقابة دستورية اللوائح

أشارت المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا لاختصاص المحكمة بون غيرها بالفصل في دستورية القوانين ولم تشر إلى اللوائح، وقد اتجه بعض الفقه إلى قصر رقابة المحكمة على القوانين واللوائح التي لها قوة القانون وهى اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة التي يصدرها رئيس

الجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨، ١٤٧ من الدستور (القرارات بقوانين) وذلك دون باقى اللوائح مثل لوائح الضبط واللوائح التنفيذية والتنظيمية، والتي تظل من اختصاص مجلس الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أو من اختصاص المحاكم العادية فى الأحوال التى تختص بنظرها⁽¹¹⁰⁾.

والرأى الذى تغلب وأيدته المحكمة العليا هو رقابتها لجميع أنواع اللوائح إذ حدث أن دفع أمام إحدى المحاكم المدنية بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٢٠٩ لسنة ١٩٦٦ بإصدار نظام العاملين بالقطاع العام وذلك فيما تضمنه من تعديل لطرق التظلم من الجزاءات التأديبية الموقعة على هؤلاء العاملين، وأخذت المحكمة بالدفع وأوقفت الدعوى وكلفت نوى الشاغل برفع دعوى الدستورية أمام المحكمة العليا، وأمام المحكمة العليا دفعت الحكومة بعدم القبول بحسبان أن اختصاص المحكمة يقتصر على رقابة دستورية القوانين فحسب إلا أن المحكمة قضت برفض الدفع ، وأكدت أن⁽¹¹¹⁾ رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولما كان الهدف لا يتحقق على الوجه الذى يعنيه المشرع فى المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفى مذكرته الإيضاحية إلا إذا نشطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر بها من الدراسة والبحث والتحصيل فى مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية، ولو انحصرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها إلى المحاكم لتقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستورتها بأحكام غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً.

الفرع الثالث

موقف الفقه من رقابة المحكمة العليا للوائح

انتقد بعض الفقهاء ومنهم د/ محمود عاطف البنا موقف المحكمة العليا على ركيزة من أنه وإن كان يعد صحيحاً أن مظنة الخروج على أحكام الدستور فى التشريعات الفرعية أكبر من التشريعات الأصلية إلا أن ذلك لا يعد سبباً كافياً للاختصاص، فمظنة الخروج قائمة بالنسبة للقرارات اللائحية أو الفردية والعقود الإدارية ولم يقل أحد رغم ذلك باختصاص المحكمة العليا بذلك.

فقد يحدث ألا يكون هناك قانون ولائحة بين القرار والدستور فيكون العيب الذى أصاب القرار هو عدم الدستورية، فالمادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ تقرر أنه (لا يجوز للإدارة مصادرة الصحف إلا بناء على تشريع ينظم هذه المصادرة) فإن لم يصدر التشريع وصدر قرار بالمصادرة فيكون القرار مخالفاً للدستور.

كما أن العقود الإدارية يمكن أن تخرج على الدستور وذلك كعقد قرض دون موافقة مجلس الشعب بالمخالفة لنص المادة ١٢١ من دستور سنة ١٩٧١.

ومن ثم فإن القول بأن اللوائح لا يتوافر لها ما يتوافر للقانون من الدراسة والبحث والتحصيل وأن

منها ما ينظم حريات المواطنين وأمورهم اليومية وأن أعمال السلطة التنفيذية في تطور مستمر كل ذلك يؤكد ضرورة الرقابة، إلا أن ذلك لا يعنى لزما أن يكون الاختصاص للمحكمة العليا فالقضاء الإداري بحكم تكوينه وتخصصه هو الأقدر على ذلك.

والقول بأن اللوائح تعتبر أعمالا تشريعية من حيث الموضوع دون الشكل ليس حجة كبيرة إذا المعمول به في مصر هو المعيار الشكلي.

ومن ثم فخلاصة القول أن سيادته⁽¹¹³⁾ يرى إبقاء الاختصاص بشأن دستورية اللوائح للمحاكم الإدارية والعادية.

وقد تولى د/ عادل عمر شريف⁽¹¹⁴⁾ الرد على حجج د/ محمود عاطف البنا بأن قال:

١- إن سند إخضاع اللوائح لرقابة الدستورية هو المعيار الموضوعي أما القرارات الإدارية الفردية والعقود الإدارية فكلاهما ليس قانونا سواء من ناحية الشكل أو الموضوع.

٢- إن جعل رقابة دستورية اللوائح من اختصاص القضاء الإداري أمر يتعارض مع الغرض من إنشاء المحكمة العليا وهو مركزية الرقابة، بالإضافة لأن القضاء الإداري قضاء مشروعية وليس قضاء دستورية.

٣- إن المعيار الشكلي لا يعتد به دائما فيمكن الاعتماد بالمعيار الموضوعي في بعض الأحيان بدليل ما أقره الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ من رقابة المحكمة الدستورية العليا للوائح.

٤- إن القول بمساس القضاء المحكمة العليا السالف لاختصاصات القضاء الإداري التي حددها قانون مجلس الدولة أمر غير سديد إذ إن المشرع هو الذي يحدد جهات القضاء ويعين اختصاصاتها وطالما أنشأ المشرع الدستوري المحكمة العليا وحدد اختصاصها برقابة دستورية القوانين وهو الأمر الذي فهمته المحكمة العليا بأنه يشمل القوانين من الناحية الموضوعية أيضا فلا تريب على ما قضت به المحكمة.

- وإن كان لنا أن ندلي بدلونا⁽¹¹⁵⁾ في هذا الشأن فلا اختلال في سلامة ما اتجهت إليه المحكمة العليا، خاصة وأن ذلك سيؤدي لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة من تطبيق لوائح غير دستورية عليهم تكون قد تحصنت بانقضاء مواعيد الطعن المقررة ومن ثم لن يستطيع القضاء الإداري إلغاؤها وإن استطاع إلغاء القرارات الفردية الصادرة استنادا إليها والتعويض عنها، بينما يستطيع القضاء الدستوري القضاء بعدم دستورية تلك اللوائح لمخالفتها للدستور رغم تحصنها من الطعن عليها بالإلغاء وذلك سيجبر الحكومة على إلغائها أو تعديلها بما يتفق مع الدستور⁽¹¹⁶⁾ (117).

المطلب الثالث

طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره وحجيته

تقضي المحكمة بدستورية أو عدم دستورية القانون أو اللائحة محل الطعن ويقتصر دورها على هذا الأمر ولا يصل أبدا إلى الفصل في أصل النزاع⁽¹¹⁸⁾ الذي كان مطروحا أمام المحاكم التي أوقفت الدعوى، حتى ولو كان ما قضت به المحكمة من شأنه أن يبرئ متهما في دعوى جنائية أو يؤدي لرفض

الدعوى محل الطعن لعدم استنادها لقانون دستوري⁽¹¹⁹⁾.

ولم يتضح من قانون المحكمة العليا طبيعة آثار الحكم الصادر من المحكمة العليا عما نص عليه في المادة ١٢ من أن تكون أحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وكان مفهوم هذا النص أن الحكم له حجية نسبية في إطار الدعوى محل الطعن.

ثم جاء قانون الإجراءات والرسوم ليفرض الحجية المطلقة بنص المادة ٣١ منه التي قضت بأن «أحكام المحكمة العليا في دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء». وهذه الحجية مطلقة بحيث إنها تلزم جهات القضاء بما تقررره المحكمة العليا من حيث دستورية أو عدم دستورية القانون المراد تطبيقه.

فليجوز للمحاكم أن تقرر وقف أية دعوى إذا أثّر دفع سبق للمحكمة العليا قول كلمتها فيه. كما يجوز للخصوم تعجيل الدعوى التي أوقفت لدفع بعدم دستورية قانون إذا صدر بشأن ذلك القانون حكم من المحكمة العليا في دعوى أخرى باعتبار أنه ملزم لجميع جهات القضاء، وإذا حدث وطرح نزاع في دستورية قانون أمام المحكمة العليا وكان قد سبق لها أن قالت كلمتها فيه سواء بالدستورية من الناحية الموضوعية أو عدمها فإن المحكمة حينئذ تقضى بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها، أما إذا كانت قد نظرت في النص وأكدت دستوريته من الناحية الشكلية فلا يزال ذلك من إمكانية الطعن الموضوعي عليه.

وتلتزم الهيئة التنفيذية بقضاء المحكمة ويصير القانون رغم عدم إلغائه رسمياً عديم الأثر ولا إلزام فيه، والهيئة التشريعية عليها إما أن تلغى القانون غير الدستوري أو تصححه شكلاً أو موضوعاً بحسب الأحوال.

ويلاحظ أن المشرع قد حقق العلم لدى الكافة بأحكام المحكمة العليا وذلك بنصه في المادة ٣١ على ضرورة النشر في الجريدة الرسمية لمنطوق الأحكام الصادرة بالفصل في دستورية القوانين.

ويعاب على ذلك أن مسألة النشر ليس مكانها قانون الإجراءات وإنما قانون إنشاء المحكمة العليا ولا يمكن تبرير هذا الخطأ ولا الخطأ الآخر الخاص بآثر الحكم الصادر من المحكمة العليا والذي تم تداركهما في قانون الإجراءات إلا بالسرعة المفرطة في إصدار قانون المحكمة العليا.

المبحث الثالث

الرقابة على دستورية القوانين في ظل المحكمة الدستورية العليا

تمهيد:

صدر الدستور المصري⁽¹²⁰⁾ في ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ ناصراً على إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة بذاتها وأعطاهم الحق وحدها في رقابة دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية ونص الدستور في المادة ١٩٢ منه على أن (تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا)⁽¹²¹⁾.

وقد أعطى الدستور الحق لقانون المحكمة الدستورية العليا في أن يحدد اختصاصاتها الأخرى

وبالفعل صدر ذلك القانون فى ٢٩ أغسطس ١٩٧٩ وكان يحمل رقم ٤٨ ليعمل به بعد أسبوعين من تاريخ نشره.

ونشر بالفعل فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ وتناول هذا القانون تنظيم المحكمة واختصاصاتها والإجراءات واجبة الاتباع أمامها وأثر الحكم الصادر من المحكمة. ويلاحظ أن الإجراءات وردت بذات القانون ولم تتفصل عنه كما حدث بالنسبة للمحكمة العليا.

المطلب الأول

تشكيل المحكمة والملاحظات عليه

الفرع الأول

تشكيل المحكمة

نصت المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية (مقرها مدينة القاهرة).

ولاشك أن هذا النص أفضل من نص المادة الأولى من قانون المحكمة العليا والذى جعلها الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية المتحدة إذ بنص قانون المحكمة الدستورية العليا لاعتبر تلك المحكمة تنظيما قضائيا خاضعا للسلطة القضائية، فهى وإن كانت من الهيئات التابعة للسلطة القضائية إلا أنها تستقل عن وزارة العدل وهيئاتها القضائية وليس لها علاقة بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية سوى وجوب أخذ رأيه عند تعيين أعضائها.

ونص القانون الحالى اتساقا مع القانون الخاص بالمحكمة العليا على أن تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من المستشارين وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين.

هذا ويتفق القانونان⁽¹²²⁾ فى تحديد الفئات التى يتم تعيين أعضاء المحكمة منها وهم المستشارون الحاليون أو السابقون ممن أمضوا فى وظيفة مستشار أو ما يعادلها مدة حددها قانون المحكمة العليا بثلاث سنوات على الأقل وحددها قانون المحكمة الدستورية العليا بخمس سنوات على الأقل، وأساتذة القانون بالجامعات المصرية ممن أمضوا فى وظيفة أستاذ ثمانى سنوات على الأقل (وشمل القانون الأخير صراحة الأساتذة السابقين) ، والمحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ثمانى سنوات طبقا للقانون الأول وعشر سنوات طبقا للقانون الثانى.

— هذا وقد نصت المادة ٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن (يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين⁽¹²³⁾ ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة، ويجب أن يكون ثلثا أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية).

ونصت المادة الخامسة من مواد الإصدار على أنه (مع مراعاة حكم الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٥ من القانون المرافق يصدر أول تشكيل للمحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية ويتضمن تعيين رئيس المحكمة وأعضائها ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون المرافق بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء. ويؤدى أعضاء المحكمة اليمين المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون المرافق أمام رئيس الجمهورية.

الفرع الثانى

ملاحظات على التشكيل

أولاً: تنطبق ذات ملاحظتنا^(١٢٤) التى سبق أن ذكرناها أنفاً على تشكيل المحكمة العليا وذلك من حيث عدم تقسيم المحكمة إلى دوائر وعدم تحديد أعضاء المحكمة وأن المشرع جاء موقفاً فى اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية ومن حيث ما سبق أن نادينا به من ضرورة اشتراك السلطات الثلاث فى الاختيار وفق الطريقة التى اقترحناها سلفاً.

ثانياً: من مزايا قانون المحكمة الدستورية العليا أنه لم يجعل التعيين بالمحكمة لمدة مؤقتة ومن ثم فقد سد الطريق على السلطة التنفيذية للسيطرة على المحكمة عن هذا الطريق، كما لم يعط القانون ميزة لرئيس المحكمة بالنسبة لسن التقاعد وبالتالي عدل عما كان مقرراً فى قانون المحكمة العليا.

ثالثاً: رأى د/ سعد عصفور أنه: من العيوب الموجهة لقانون المحكمة الدستورية الاستثناء الذى أوجده المادة الخامسة/أ من مواد الإصدار إذ لم يكن هناك داع لاستثناء هذا التشكيل الأول إذ المفروض أن يكون التشكيل الأول مرسياً للمبادئ والأسس والأصول وليس من المفروض أن يكون تشكيلاً استثنائياً لاتراعى فيه المبادئ والأسس المقررة، ولا يفهم من هذا الاستثناء سوى أن السلطة التنفيذية أريد لها أن تكون لها سلطة وسلطان أوسع فى صدد هذا التشكيل^(١٢٥).

والحق أنه بالتمعن فى نص المادة الخامسة من مواد إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا يتبين للمرء أنه لا يوجد أى استثناء قصد به تقوية سلطان السلطة التنفيذية، إذ يبين أن هدف تلك المادة هو ألا يكون اختيار الأعضاء من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة حيث يتعذر ذلك لعدم وجود جمعية عامة للمحكمة أو رئيس لها بعد عند إجراء أول تشكيل.

الفرع الثالث

ضمانات أعضاء المحكمة

نص قانون المحكمة الدستورية العليا على ضمانات متعددة لأعضائها فقرر أن أعضائها غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم (١١٣)، والجمعية العمومية للمحكمة هى الهيئة المختصة بمحاكمة الأعضاء، وإذا نسب لأحد الأعضاء أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات وظيفته تولى رئيس المحكمة عرض الأمر على لجنة الشؤون الوقتية بالمحكمة التى تقوم بسماع أقوال العضو فإذا قررت أن هناك محلاً للسير فى الإجراءات نذبت

أحد أعضائها أو لجنة ثلاثية للتحقيق، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق في أجازة حتمية بمرتب كامل من تاريخ هذا القرار، وبعد انتهاء التحقيق يعرض الأمر على بقية أعضاء الجمعية العامة منعقدة في هيئة محكمة تاديبية لتقوم بسماع أقوال العضو وتحقيق أوجه دفاعه ثم تصدر حكماً غير قابل للطعن بالبراءة أو بإحالة العضو للتقاعد (١٩م)، ويطبق على أعضاء المحكمة الدستورية قواعد عدم الصلاحيات والتتحيّة والرّد والمخاصمة التي تطبق على مستشاري محكمة النقض (١٥م)، وأعطى الاختصاص بذلك للمحكمة الدستورية العليا نفسها ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم إذا ترتب على ذلك أن يقل عدد الباقيين منهم عن سبعة أعضاء.

وتسرى الأحكام الخاصة بتقاعد مستشاري محكمة النقض على أعضاء المحكمة (١٥م)، وتفصل المحكمة دون غيرها في الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضاء المحكمة أو المستحقين عنهم وتفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات (١٦م).

ولا يجوز نذب أو إغارة أعضاء المحكمة إلا للأعمال القانونية بالهيئات الولية أو الدول الأجنبية أو للقيام بمهام علمية (١٣م)، ونصت ١٢م على أنه (....) إذا كان العضو يشغل قبل تعيينه في المحكمة وظيفة يزيد مرتبها أو البدل المقرر لها عما ورد في هذا الجول (126) فإنه يحتفظ بصفة شخصية بما كان يتقاضاه . وفيما عدا ذلك لا يجوز أن يقرر لأحد الأعضاء مرتب أو بدل بصفة شخصية ولا أن يعامل معاملة استثنائية بأية صورة)، ونصت المادة ١٨ على أنه (....) ينشأ بالمحكمة صندوق تكون له الشخصية الاعتبارية تخصص له النولة الموارد اللازمة لتمويل وكفالة الخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء المحكمة وهيئة المفوضين بها وأسرهـم)، كما أضافت المادة السالفة في فقرتها الأخيرة مايلي (ويصدر بتنظيم الصندوق وإدارته وقواعد الإنفاق منه قرار من رئيس المحكمة بعد موافقة الجمعية العامة). وفيما عدا هذه الضمانات تسرى في شأن أعضاء المحكمة جميع الضمانات والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة لمستشاري محكمة النقض وفقا لقانون السلطة القضائية على أن تتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصاصات اللجنة المنصوص عليها في المادتين ٩٥ و٩٦ واختصاصات مجلس التأديب المنصوص عليها في المادة ٩٧ من قانون السلطة القضائية (٢٠م) . هذا والمحكمة موازنة مستقلة وأسبغ على الجمعية العامة للمحكمة السلطات المخولة لوزير المالية في القوانين واللوائح بشأن موازنة المحكمة، ويباشر رئيس المحكمة السلطات المقررة لوزير التنمية الإدارية ولرئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة (٥٦م). هذا وقد خولت الجمعية العامة للمحكمة الاختصاص بالنظر في المسائل المتعلقة بنظام المحكمة وأموالها الداخلية وتوزيع الأعمال بين أعضائها وجميع الشؤون الخاصة بهم كما يجب أخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بالمحكمة (٨م).

ويرى الدكتور رمزي الشاعر (127) أنه يا حبذا لو أعطيت المحكمة الدستورية سلطة لاثنية تستطيع بها أن تكمل النقص الموجود في التشريعات المنظمة للمحكمة الدستورية وذلك هو الحال في بعض النظم الدستورية ومنها النظام الإيطالي حيث نص القانون ٨٧ لسنة ١٩٥٢ على تلك السلطة، وتشبه هذه السلطة اللاتنية المخولة للمحكمة السلطة المخولة للمجالس النيابية في وضع لوائحها الداخلية ووجه الاختلاف أن السلطة اللاتنية للمجالس النيابية مستمدة من نصوص الدستور بينما السلطة اللاتنية للمحكمة مستمدة من تشريع عادي - إن تقررت به - ونحن نوافق سيادته على هذا الرأي تماما.

المطلب الثاني

محل الرقابة الدستورية

تمهيد :

قام الدستور بتحديد اختصاصين للمحكمة الدستورية العليا وفوض المشرع في تنظيم هذين الاختصاصين وفي تعيين الاختصاصات الأخرى للمحكمة وتنظيم الإجراءات التي تتبع أمامها.

فمنص الدستور في المادة (١٧٥) على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها). وقد صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ونص في المادتين ٢٦، ٢٥⁽¹²⁸⁾ منه على اختصاصات المحكمة⁽¹²⁹⁾.

ولما كان البين من الدستور وكذا قانون المحكمة الدستورية العليا أن الرقابة مقصور محلها على القوانين واللوائح ، ولما كان كلامهما متعدد في تنوعه فقد رأينا أن نخصص فرعاً مستقلاً لكليهما، وفي فرع ثالث سنبحث ما لا يصلح محلاً للرقابة الدستورية.

الفرع الأول

القوانين كمحل للرقابة

تختص المحكمة برقابة دستورية كافة⁽¹³⁰⁾ أنواع القوانين سواء تلك العادية التي تصدر تطبيقاً لنص المواد من ١٠٩ إلى ١١٢ من الدستور أو غيرها على التفصيل الآتي :

١ - القوانين الكاملة للدستور :

وهي القوانين التي نصت عليها المادة ٢/١٩٥ من الدستور حيث استلزمت أخذ رأي مجلس الشورى في مشروعاتها.

وإذا كانت تخوم وحدود باقى بنود المادة ١٩٥⁽¹³¹⁾ من الدستور والتي يجب أخذ رأي مجلس الشورى بصدها واضحة لاشية فيها إلا أن الوضع مختلف بالنسبة للقوانين الكاملة للدستور إذ إن هذه العبارة جديدة كل الجودة فريدة في بابها لاتعرفها الساتير المقارنة، إلا أنها- وحسبما قضت⁽¹³²⁾ به المحكمة الدستورية العليا - تحمل في أعطافها ضوابط تحديد معناها، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص في مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعاً معيناً يتعين تنظيمه بقانون أو وفقاً للقانون أو في الحدود التي يبينها القانون بيد أن صدور قانون في هذا النطاق لايدل بالضرورة - ومن ناحية أخرى - على أن أحكامه مكملة للدستور ذلك أن الموضوع الذي أحال الدستور في تنظيمه إلى القانون، قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية، وليس له من صلة بها بل يعتبر غريباً عنها وخارجاً بطبيعته عن إطارها ومن ثم لا يكتفى لاعتبار تنظيم قانوني معين مكملاً للدستور أن يصدر إعمالاً لنص في الدستور بل يتعين - فوق هذا - أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تنظمها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون

العدالة بون تدخل من أية جهة . فالقاعدة المتقدمة - ومايجرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها في صلبها، باعتبار أن خلوها منها يجردنا من كل قيمة فإذا ما اتصل بها تنظيم تشريعي قرر الدستور صدوره بقانون، أو وفقا للقانون، أو في الحدود التي يبينها القانون ، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل للدستور، وكذلك النصوص التشريعية التي لاتربطها صلة عضوية بتلك القواعد الكلية، فالقانون الذي يصدر إعمالا لنص المادة ١٤ من الدستور محدد أحوال فصل العالمين بغير الطريق التأديبي، والقانون الصادر في شأن العفو الشامل على مناتقضى به المادة ١٤٩ من الدستور، أو في شأن تنظيم التعبئة العامة وفقا لنص المادة (١٨١) منه. فالتنظيم التشريعي الصادر في الحدود المتقدمة ، ليس مرتبطا بأية قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة بل يفترق هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعي الذي يدخل القانون الصادر به في عداد القوانين المكملة للدستور، ولأن ذلك أن شرطين يتعين اجتماعهما معا لاعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور : (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة عينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقا للقانون ، أو في الحدود التي يبينها القانون، أو طبقا للأوضاع التي يقرها فإن هو فعل دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لايجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى . (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لاتخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها أن يكون محددًا لمضمونها منفصلا بحكمها مبينا لحدودها، بما مؤده أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئي يجب التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أولا يعد مكملًا للدستور، إلا أنه ليس شرطا كافيا بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك، أن يقوم الشرطان معا متضافرين استيفاء لكل مشروع قانون لاتربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية ، بل يكون غريبا عنها مقحما عليها، ودلالة اجتماع هذين الشرطين أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور ، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأي مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية لايحوز أن يكون شكليا صرفا ولا موضوعيا بحتا، بل قوامه مزاجية بين ملامح شكلية وماينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية.

فإذا تحددت القوانين المكملة للدستور على النحو السالف فإن عدم أخذ رأي مجلس الشورى بصدها يجعلها غير دستورية من الناحية الشكلية، بون أن ينال ذلك من إمكان الطعن عليها لغير هذا السبب، سواء شكلا أو موضوعا .

وكان د/ رمزي الشاعر (١٣٣) قد رأى أنه مادامت القوانين الأساسية في مرتبة أعلى من القوانين العادية فتكون المحكمة الدستورية مختصة برقابة دستورتها إضافة إلى رقابة ما إذا كانت القوانين العادية قد خالفها من عدمه .

ويستند سيادته فيما سلف الى نص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا إذ استخدم المشرع عبارة « إذا تراسى لإحدى المحاكم عدم دستورية نص في قانون» إذ يمكن أن تفسر عدم الدستورية هنا بأنها المخالفة لأحد مصادر القاعدة الدستورية سواء كانت الوثيقة الدستورية ذاتها أو أحد القوانين المكملة للدستور والتي تعتبر أسمى من القوانين العادية .

ولايوافق د/ عمرو بركات (١٣٤) على الرأي الآنف ويرى أن القوانين المكملة للدستور رغم نص

المادة (٢٩) من الدستور لاتطو عن القوانين العادية، ومخالفة قانون عادي لها لاتعتبر مخالفة دستورية ولا تخضع من ثم لرقابة المحكمة الدستورية العليا ذلك أن المعيار الرئيسى فى نشوء اختصاص المحكمة الدستورية العليا أو عدم نشوئه هو وجود طعن فى قانون لمخالفته لقاعدة من قواعد الدستور وليس لمخالفته لأحد مصادر القاعدة الدستورية، ذلك أن هذه المصادر تمتد لتشمل الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية والعرف ولا يعقل بالتالى أن ينعقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا لمخالفة قانون لقانون أساسى أو لقاعدة عرفية دستورية.

ويرى د/ جورجى شفيق - حقا - أن رقابة دستورية التشريعات تستهدف أساسا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه ، وأن مناط الرقابة هو مخالفة التشريع الطعين لنص دستورى لا لنصوص تشريعية أخرى، فمن ثم يكون المرجع فى مباشرة هذه الرقابة من الناحية الفنية إلى أحكام الدستور القائم لا إلى التشريعات المختلفة أيا كانت مرتبتها وأيا كانت الإجراءات التى تتبع فى إصدارها، إذ هى فى النهاية تشريعات صادرة من المشرع العادى لا المشرع الدستورى (135).

ويؤكد صحة الرأى الأخير خلو أحكام المحكمة الدستورية العليا من الأخذ برأى د/ رمزى الشاعر.

٢ - القوانين الاستثنائية :

يرى د/ سليمان الطماوى (136) أن القانون الذى يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسرى حتى ولو خالف الدستور إذ يعتبر الدستور قد عدل بمقتضى هذا القانون بما يرفع القانون الذى تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستورى ويتعين الأخذ بهذا الحكم دون نص إذ يعتبر الشعب قد كشف عن إرادته صراحة ومن اللازم الخضوع لهذه الإرادة، والحقيقة أن الدستور المصرى قد نص على حق الاستفتاء فى نصوص متعددة والذى تحدث عنه د/ سليمان الطماوى هو الاستفتاء التشريعى وليس الاستفتاء السياسى والمجال التشريعى هو أهم مجالات الاستفتاء وهو الذى يتعلق بقبول أو رفض مشروع قانون يعرض على التصويت الشعبى، ويرى د/ رمزى الشاعر (137) أن الاستفتاء التشريعى لا يضيف حصانة على القوانين التى يتم الاستفتاء عليها ولا يعترض على ذلك بأن الشعب صاحب السلطة التأسيسية فكل ما هناك أن الشعب قد حل محل المجلس النيابى فى إقرار هذه التشريعات ولا يجب الخلط بين الشعب كسلطة تأسيسية أصلية وبين الشعب كسلطة تشريعية إذ يعتبر الشعب حال قيامه بالاستفتاء سلطة تشريعية يقوم بوظيفته فى إطار القواعد التى حددها الدستور فإن خرج عنها كان تصرفه مشوبا بعدم الدستورية . ويسرى هذا القول على الاستفتاء تطبيقا للمادة ٧٤ أو تطبيقا للمادة ١٥٢ من الدستور.

ويرى د/ عمرو بركات (138) أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنعقد برقابة دستورية القوانين ولفظ القوانين قد ورد هنا مطلقا بحيث ينصرف إلى كل قاعدة قانونية موضوعية سواء كانت صادرة من مجلس الشعب أو من رئيس الجمهورية بناءً على تفويض أو بدون تفويض أو وافق الشعب عليها فى استفتاء سواء كان هذا الاستفتاء تطبيقا للمادة ٧٤ أو المادة ١٥٢ من الدستور، ومن ثم فإذا وافق الشعب على قانون فى استفتاء تشريعى وكان هذا القانون كله أو بعضه مخالفا للدستور فيجوز الطعن فيه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ذلك أن الشعب وافق على هذا القانون كقانون عادى وبصفته سلطة تشريعية وليس على أساس أنه قاعدة دستورية أو كسلطة تأسيسية

أصلية. ونحن من جانبنا نؤيد الرأيين الأخيرين ولانوافق على الرأي الأول ونضيف إلى حجج الرأي الأخير القانونية حجة عملية واقعية ، وهى أن القول بالرأى الأول فيه إهدار للنصوص الواردة فى الدساتير الجامدة وتعديلها بغير الطريقة المنصوص عليها بالدستور والمناداة به يؤدى لفتح باب خطير لانتهاك القواعد الدستورية وخاصة فى دول العالم الثالث التى تسيطر فيها السلطة التنفيذية على مقاليد الأمور.

وقد حسمت المحكمة الدستورية العليا الأمر حيث قضت بأن استناد النص المطعون بعدم دستوريته إلى الاستفتاء الشعبى لايخرجه عن رقابة المحكمة الدستورية العليا وذلك عندما دفعت الحكومة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن النص التشريعى المطعون فيه صدر بعد استفتاء شعبى طبقا للمادة ١٥٢ من الدستور، إذ أكدت المحكمة⁽¹³⁹⁾ بأن هذا الدفع مربوط بأن مانصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن (لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا) لايخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية، ومن ثم لايجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء- الذى رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - نزيعة إلى إهدار أحكامه ومخالفتها كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء لاترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لايجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور، وبالتالي لاتصح هذه الموافقة ماقد يشوب النصوص التشريعية المقتنة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أثنى مرتبة من الدستور تنقيد بأحكامه وتخضع بالتالى لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

هذا فضلا عن أن النص التشريعى المطعون عليه قد صدر فى شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين فى مباشرة الحقوق السياسية التى كفلها الدستور والتى ينبغى على السلطة التشريعية ألا تتنازل عنها ولا وقع عملها مخالفا للدستور.

٣ - القوانين الملغاة :

إن إلغاء القانون لاينال من إمكانية كونه محلا للرقابة وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى العديد من أحكامها الحديثة إذ قضت بأن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لايجوز دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها - وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه بتحقيق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة، ذلك أن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيب عنها بقاعدة قانونية أخرى فإن القاعدة الجديدة، تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من هاتين القاعدتين ، فما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعا لحكمها وحدها⁽¹⁴⁰⁾.

واستنادا لتلك القاعدة إذا سرى القانون الجديد بأثر رجعى أصبح يحكم المركز القانونى لرافع الدعوى الدستورية فى حالة الدفع أو المستفيد فى الدعوى الموضوعية حالة الإحالة فإن المحكمة

لابد وأن تنتهى إلى انتفاء المصلحة ومن ثم تقضى بانتهاء الخصومة أو بعدم القبول حسب الأحوال (141).

٤ - المعاهدات الدولية :

وهى عبارة عن اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التى تخضع لها هذه العلاقة ويستوى فى هذه الاتفاقات أن تكون ذات طبيعة سياسية كمعاهدات الصلح والتحالف أو غير سياسية كمعاهدات التجارة.

وتتحدد المرتبة القانونية للمعاهدات الدولية داخل الدول التى تكون أطرافا فيها وفقا للقواعد التى تحددها دساتير هذه الدول (142) .

وفى مصر نصت المادة (١٥١) من دستور سنة ١٩٧١ على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة.

على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الموازنة يجب موافقة مجلس الشعب عليها ».

والمستفاد مما سلف أن المعاهدة الدولية بعد استيفاء الإجراءات الدستورية والأوضاع المطلوبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون لها قوة القانون لا أكثر، ومن ثم فإنها لاتصل بحال إلى مرتبة النصوص الدستورية ولاتصلح أن تكون مرجعا للرقابة الدستورية إلا أنها تصلح أن تكون محلا للرقابة.

وتراقب المحكمة الدستورية العليا مدى دستورية المعاهدة من الناحية الموضوعية بعد التثبت بحكم اللزوم من توافر المتطلبات الشكلية التى استلزمته المادة (١٥١) من الدستور ليكون للاتفاقية قوة القانون وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة.

وفى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ (143) نظرت المحكمة موضوعيا فى دستورية اتفاقية تأسيس المصرف العربى الدولى، كما أنها فى الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٦ كانت قد نظرت أيضا موضوعيا فى اتفاقية التعويضات المبرمة بين الحكومتين المصرية واليونانية ، وقد انتهت فيهما الى الدستورية، ويعد ذلك عدولا حسنا من المحكمة عن سابق قضائها فى الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق بجلسته ١٩٨٤/١/٢١ من أن الاتفاقيات النولية تندرج تحت أعمال السيادة التى تنحسر عنها الرقابة القضائية ذلك أن المعاهدة قد تتضمن أحكاما تمس حقوق المواطن كأن تحرمه من الالتجاء لقاضيه الطبيعى أو تقرر جواز القبض عليه أو اعتقاله بغير مراعاة الوسائل القانونية التى نص عليها الدستور وليس متصورا تحصين معاهدة تهدر أحكام الدستور من الرقابة الدستورية.

٥ - القوانين التى أقرها المجلس التشريعى رغم بطلان تكوينه:

وتلك تصلح للرقابة إذ إن بطلان تكوين المجلس التشريعى - عند ثبوته - لا ينسحب إلى القوانين التى أقرها ولا إلى القرارات والتدابير التى اتخذها قبل نشر الحكم ببطلان تكوينه فى الجريدة

الرسمية، بل تظل جميعها محمولة على أصلها من الصحة بما مؤداه بقاؤها نافذة معمولا بها إلى أن تقرر الجهة المختصة دستوريا إلغاؤها أو تعديلها أو تقضى المحكمة الدستورية بعدم دستورية نصوصها التشريعية إذا كانت المطاعن الموجهة إليها تقوم على وجه آخر غير بطلان المجلس التشريعي في ذاته (144).

٦ - القوانين الصادرة قبل العمل بالدستور الحالي :

إذا كانت أحكام المادة (٩٢) من القانون المدني تقضى بأنه لايجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، فإن مفاد ذلك أن صدور دستور جديد لا يؤدي لإلغاء النصوص القانونية السابقة المتعارضة معه تلقائيا بالنظر لطبيعة النصوص الدستورية التي لا تشتمل على تنظيمات تفصيلية ومسببة مما يؤدي إلى عدم تصور تعارضها الصريح مع نص تشريعي ، ولكن الأغلب الأعم بالنسبة لتعارض القوانين مع الدستور أن يتضمن القانون نصوصا مغايرة للأهداف التي رسمها وحددها الدستور وهنا لا يمكن القول بالإلغاء الضمني إذ إنه يفترض أن كلا النصين الناسخ والمنسوخ في مرتبة تشريعية واحدة وهو الأمر غير المتحقق بالنسبة للقوانين والدستور (145).

ولا يمكن القول باستمرار القوانين المخالفة للدستور القائم بمقولة أنها صدرت سليمة قبل صدور ذلك الدستور إذ إن ذلك مردود عليه بأن الرقابة الدستورية تهدف إلى حماية الدستور القائم بغض النظر عن تاريخ إصدارها، ولايجوز أيضا التقرير بسقوطها تلقائيا حتى لا يحدث فراغ تشريعي (146).

الفرع الثاني

اللائحة كمحل للرقابة

تختص المحكمة الدستورية العليا أيضا برقابة دستورية اللوائح، والتي تنقسم إلى لوائح عادية وأخرى استثنائية، والأولى يستلزمها السير العادي للإدارة ، أي أنها من مستلزمات الوظيفة الإدارية ، وهي اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة ، وتشتمل الأخيرة على اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط.

أما اللوائح الاستثنائية فتصدر في أحوال الضرورة ولا تعتبر من مستلزمات الوظيفة الإدارية وهي لوائح الضرورة واللوائح التفويضية (147) .

وكان البعض قد ذهب بإبان المحكمة العليا إلى أن اختصاصها مقصور على اللوائح التي لها قوة القانون، أي اللوائح الاستثنائية ولا يمكن التقرير بذلك بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا، إذ نص الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا على اختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين واللوائح وقد ورد لفظ اللوائح مطلقا فلا يمكن تقييده ، ولا اجتهد مع (148) صراحة النص ودليل قصد المشرع إطلاق رقابة دستورية اللوائح أنه عند تناوله لرقابة التفسير قصر سلطة المحكمة الدستورية بشأنها على القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور.

ويرى د/ رمزي الشاعر (149) أنه لا داعي للمغايرة بين اختصاص المحكمة في مجال دستورية اللوائح عنه في مجال التفسير .

ونحن من جانبنا نؤيد سيادته فيما ذهب اليه ونرى أن المسألة تحكم تشريعي وليس دستوري إذ تنص المادة (١٧٥) من الدستور على أن المحكمة تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين بالقانون، ومن ثم لا يمكن أن يوجه عيب دستوري إلى المشرع عندما غاير بين الدستورية والتفسير بصدد اللوائح فأطلق رقابة دستورية اللوائح وقيد من تفسيرها وإنما يمكن أن يقال أن المشرع لم يحسن السياسة التشريعية ومن ثم لا مطنع دستوري على مسلكه، وقد تخالف اللائحة الدستور مباشرة وهنا يتعلق الأمر بعدم دستورية اللائحة، إلا أنه قد يتوسط القانون بين اللائحة والدستور ، وهنا إذا خالفت اللائحة القانون فالمسألة تتعلق بشرعية اللائحة حتى ولو كان هناك مخالفة للدستور في ذات الوقت، ومرجع ذلك أن عيب عدم الدستورية احتياطي بالنسبة لعيب عدم المشروعية.

وإذا وجد القاضي أن اللائحة تخالف القانون وجب عليه أن يبحث مشروعيتها ولا يحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا، حتى لو اكتشف مخالفتها للدستور أيضا إضافة للقانون .
هذا وتوجد أمثلة عملية عديدة لتعارض اللائحة مع القانون⁽¹⁵⁰⁾ .

وغالبا ماتخالف اللائحة الدستور من الناحية الشكلية (الشكل والاختصاص) أما المخالفة الموضوعية فتكون غالبا للقانون الذي تصدر اللائحة طبقا له ونادرا ماتكون المخالفة الموضوعية للدستور نظرا لنبرة القواعد الموضوعية التي يقيد بها الدستور السلطات العامة عند وضع اللائحة⁽¹⁵¹⁾.

وقد أفصحت المحكمة الدستورية العليا سبب شمول رقابتها للوائح إضافة للقوانين بتقريرها أنه « إذا كان الدستور هو القانون الأعلى الذي يرسم الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لمركتها، ويقرر الحقوق والحريات العامة ويرتب ضماناتها الأساسية، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لا تنحصر في النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية، بل تتعداها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محددا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، سواء ورثت هذه النصوص في التشريعات الأصلية أو الفرعية⁽¹⁵²⁾ .

وهكذا فإن محل الرقابة القضائية الدستورية يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة سواء كانت التشريعات أصلية أم فرعية.

الفرع الثالث

ملايصلح محلا للرقابة

١ - القرارات المنقطعة الصلة بالأعمال التشريعية :

إذا انتفى عن العمل المطعون فيه صفة التشريع الأصلي أو الفرعي فلايصلح محلا للرقابة لذا قضت المحكمة الدستورية العليا بانحسار اختصاصها الولائي بالفصل في دستورية النصوص التشريعية ، فلا اختصاص لها في الطعن على قرار مجلس إدارة شركة مدعى عليه في طعن أمامها بحسبان أنه لايعتبر صادرا عن جهة إدارية تباشر وظيفتها بوصفها سلطة عامة، ذلك أن شركة القطاع العام تعد من أشخاص القانون الخاص، ويعتبر نشاطها واقعا في منطقة هذا القانون ، وعلاقتها بالعاملين بها لايعتبر علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح بل هي علاقة عمل تنظمها أصلا الشروط المتعاقدة عليها وتسرى عليها قواعد القانون الخاص ابتداء وانتهاء ، دون إخلال بالنظم التي قد يفرضها المشرع في مجالها تحديدا لبعض جوانبها . ومن ثم لايتمخض المنازعة في شأن روايتهم ومكافأتهن عن منازعة إدارية ، بل هي منازعة مدنية في طبيعتها ذلك أن القرار المطعون فيه - وقد صدر عن أحد أشخاص القانون الخاص ولتنظيم مسألة من مسائل هذا القانون - لايعد قرارا إداريا، ولو تضمن تنظيميا عاما يسرى على العاملين في الشركة جميعهم ، ولاتتولد عن هذا القرار بالتالي أية قاعدة عامة مجردة مما تتناوله الرقابة القضائية على الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة وفقا للدستور وطبقا لقانونها. إذ يعتبر هذا القرار منقطع الصلة بالأعمال التشريعية (153).

وإذا كانت ولاية الدستورية للمحكمة الدستورية العليا تنحصر من القرار الآنف لأنه لايعد أصلا قرارا إداريا حتى يمكن بحث ما إذا كان يمكن اعتباره تشريعا فرعيا من عدمه فإن ذلك مقتضاه أيضا استبعاد القرارات الإدارية الفردية إذ لايمتد إليها رقابة الدستورية مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور وأوجه خروجها عليها- ذلك أن تلك القرارات التي لاتتولد عنها إلا مراكز فردية أو خاصة تقتصر أثارها على أشخاص معينين بذواتهم وأنه لوصح القول بأن القرارات الإدارية الفردية هي تطبيق لقاعدة قانونية أعلى، إلا أن صدورها إعمالا لها لايفير من خصائصها بل تظل في محتواها منشئة لمراكز فردية أو ذاتية أو معدلة لها، وهي مراكز تختلف بالضرورة عن ذلك المركز القانوني العام المجرد المتولد عن القانون(154).

وفي قضية أخرى كان محلها الطعن على قرار الجمعية العمومية لمحكمة شبين الكوم بجعل رئيس أحد نوابها مسيحي الأمر الذي اعتبره مقدم الدفع مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تنص المادة الثانية من الدستور على أنها المصدر الرئيسي للتشريع بالنظر لأنه يندرج تحت هذه المبادئ قاعدة عدم ولاية غير المسلم على المسلم، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه أيا كان وجه الرأي في مخالفة قرارات توزيع العمل فيما بين النواثر المختلفة للدستور فإنها لايعتبر في محتواها ولا بالنظر إلى الآثار التي ترتبها تشريعا أصليا أو فرعيا، إذ لاتغزو المراكز القانونية التي تنشئها أو تعدلها أو تلغيها، أن تكون مراكز فردية أو ذاتية يقتصر مجال سريانها على أشخاص معينين بذواتهم هم هؤلاء القضاة الذين تم توزيع العمل القضائي فيما بينهم تنظيميا لسيره وضمائنا لاستقامته ، لتفقد بذلك خصائص الأعمال التشريعية التي تعدد إليها الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن النصوص القانونية التي تضمنها هذه الأعمال، هي وحدها التي

نتولد منها - وبالنظر إلى عموميتها وتجربتها - مراكز قانونية تنظيمية عامة من طبيعتها (155).

٢ - الأعمال البرلمانية

سبق عرض فكرتها تفصيلا في موضع آخر نحيل إليه منعا من التكرار وهي إجمالاً وفقاً للمعيار الشكلي بالمعنى الواسع الذي تؤيده كافة الأعمال التي لاتعد تشريعاً أى التي لاتتصدر وفقاً للشكل والاجراءات التي حددها الدستور لصنور التشريع وهذه لاتصلح محلاً للرقابة، ومثالها قرارات إسقاط العضوية عن أعضاء مجلس الشعب في حالة فقدان الثقة أو الاعتبار أو فقدان أحد شروط العضوية أو صفة العامل أو الفلاح التي انتخب العضو على أساسها أو في حالة الإخلال بواجبات العضوية، وكذا القرار الذي يصدره المجلس ببطان عضوية من تثبت عدم صحة عضويته من أعضاء المجلس، وإذا لم يتبع في اللائحة الداخلية البرلمانية الأشكال والإجراءات التي حددها الدستور لصنور القانون فهنا تعد عملاً برلمانياً لا يصلح محلاً للرقابة.

٣ - الأعمال الإدارية للبرلمان

سبق استعراضها أيضاً على نحو تفصيلي في الباب التمهيدي من هذه الرسالة وهي لاتصلح محلاً للطن بعدم الدستورية عدا مايكون منها قراراً إدارياً تنظيمياً يتصف بالعمومية والتجريد. ولاختل أن اللائحة التي يصدرها المجلس التشريعي والمنظمة لعلاقته بموظفيه وعماله لاتختلف عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية في شأن العاملين بهما ومن ثم يصلح الجميع كمحل لرقابة الدستورية .

٤ - الدستور وكذا إجراءات إصداره وتعديله لاتصلح محلاً للرقابة ،

لايندرج الدستور في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدر المادة ٢٩ من قانونها، ذلك أن الدستور مظهر الإرادة الشعبية ونتاجها في تجمعاتها المختلفة المتزامنة على امتداد النطاق الإقليمي للدولة ، ولايعود تبنيها للدستور أن يكون توكيدا لعزمها على أن تصوغ الدولة بمختلف تنظيماتها - تصرفاتها وأعمالها وفق أحكامه، باعتباره قاعدة لنظام الحكم فيها، وإطاراً ملزماً لحقوق الجماهير وحرياتنا، عماداً للحياة الدستورية بكل أقطارها ، وهو بذلك ضابط لها يحدد ملامحها ويقيم بنيانها وفق قواعد جامدة لايجوز تعديلها باتباع الأوضاع الإجرائية التي تعدل بها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، بل وفق قواعد شكلية معقدة متممة هي تلك المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور.

وإذا كان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا قد قصرا ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص القانونية نون غيرها سواء تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها الدستورية، فإن قاله إخضاع الدستور لهذه الرقابة، تكون مجاوزة حدود هذه الولاية ، مقوضة لتخومها (156).

وتأخذ تعديلات الدستور ذات الحكم الأنف فلا تصلح هي ولا إجراءات إصداره كمحل للرقابة وقد أكدت المحكمة العليا « الدستورية » هذا المعنى عندما قضت بأن مايثار من طعن في دستور سنة ١٩٥٨ وفي دستور سنة ١٩٦٤ وفي إجراءات إصدارهما وما انطوى عليه هذان الدستوران من تحديد أو إغفال تحديد مدة رئاسة الجمهورية يتناول مسائل سياسية لايدخل النظر فيها أو التعقيب عليها

فى ولاية المحكمة العليا التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين (157).

كما قضت المحكمة المذكورة فى حكم آخر بأن إثارة المطاعن حول إجراءات إصدار الدساتير وما انطوت عليه من أحكام تتناول مسائل سياسية لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها فى ولاية المحكمة العليا التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين وفقا لما تقتضى به المادة الأولى من قانون إنشائها، وعلى مقتضى ما تقدم فإن ما يثيره المدعى من مطاعن فى إجراءات إصدار الإعلانين الدستوريين الصادرين فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٥٢ و ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ والدستور المؤقت الصادر فى ٥ من مارس سنة ١٩٥٨ وما انطوت عليه من أحكام ، إنما يعتبر من المسائل السياسية التى يجاوز نظرها والتعقيب عليها اختصاص المحكمة (158)، (159).

هذا ونرى ضرورة إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة الدستورية من حيث مدى توافر الشروط الشكلية التى استلزمها الدستور، وقد نادى بذات هذا رأى بعض الشراح فى إيطاليا استنادا إلى أن تلك التعديلات تصدر من هيئة تأسيسية استنادا لنصوص الدستور. (160).

هوامش الباب الأول

- (1) راجع : James Bradley Thayer, 7 Harvard Law Review, 1893, p. 129, 152.
- (2) راجع : Louis Fisher, Constitutional Structures, Volume 1 of American Constitutional Law, McGraw - Hill Publishing Company , 1990, p. 41.s.
- (3) ونصت عبارته حرفيا :
" I do not think the United States would come to an end if the Supreme Court lost its power to declare an act of congress void.
I do think the union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several states"
- راجع في ذلك :
- (4) راجع : Edward S. Corwin, the Doctrine of Judicial Review ,1914, p.30.
- (5) راجع : Louis Fisher, Constitutional Structures, Op. cit. p 43.
- (6) راجع : W. Blackstone, Commentaries, Book One, (Oxford), 1775, p. 91.
- (7) راجع : Charles Grove Haines, the American Doctrine of Judicial Supremacy 1932, p. 88 - 120.
- (8) راجع : Leonard DE Levy, Judicial Review and the Supreme Court,1967, p.3-4.
- (9) انظر في مساندة رقابة الدستورية
Charles A. Beard, The Supreme Court and the Constitution ,1912. and Raoul Berger, Congress v. the Supreme Court ,1969. Critics include Louis B Boudin, Government by Judiciary ,1932. and William W. Crosskey , Politics and the Constitution ,1953.
- (10) راجع : 5Writings of James Madison, 1904, Hunt ed.,p.294 .
- (11) راجع : Hamilton's Federalist No. 78 p. 59-60.
- (12) راجع : Annals of Congress, June 8 (1789), p. 439.
- (13) راجع : 3 Annals of Congress 1778 - 1779 (February 4, 1791).
- (14) راجع : H. Storing, What the Antifederalists Were For. (1981).
- (15) راجع : Montesquieu, The Spirit of Laws, (special edition 1984) p.1751.
- وفي التفاصيل راجع :
Geoffry R. Stone and others, Constitutional Law, Little Brown and Company, 1991, 2nd ed., p. 5 - 7.
- (16) راجع : Ronald Kahn, The Supreme Court as a Counter Majoritarian,1
Detroit College of Law Review,1994 , p.7-8.
- (17) راجع في استعراض وقائع الحكم تقصيلا وحجج مارشال ونقد مسلكه في القضية ونقد حججه . رسالة د/كمال أبو الجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، مكتبة النهضة العربية ، ١٩٦٠ ، ص ٧-٤٠.
- وفي ذلك ايضا :
Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, The Supreme Court And the Attitudinal Model, Cambridge University Press, 1993, p. 14-17.
- (18) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور الأمريكي على انه " تستمد السلطة القضائية إلى جميع القضايا ،

طبقا للعدل والقانون ، والتي تنشأ في ظل هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التي أبرمت أو ستبرم طبقا لسلطاتها وإلى جميع القضايا المتعلقة بالسفراء = والوزراء العموميين الآخرين والقناصل، وإلى جميع القضايا الدخلة في اختصاص الإميرالية والبحرية وإلى المنازعات التي ستكون الولايات المتحدة طرفا فيها - وإلى المنازعات بين ولايتين أو أكثر ، وبين ولاية ومواطني ولاية أخرى ، وبين مواطنين لولايات مختلفة ، وبين مواطني الولاية الواحدة الذين يدعون ملكية أراضى بموجب منح صادرة من ولايات أخرى وبين ولاية أو مواطنيها ، ودول أجنبية أو مواطني دول أجنبية أو رعايا أجانب، وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل ، وبلك التي تكون إحدى الولايات طرفا فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية . وفي جميع القضايا الأخرى التي ذكرت من قبل ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الاستثنائية ، سواء من ناحية القانون أو ناحية الواقع مع مراعاة ما قد يضمنه الكونجرس من استثناءات أو قواعد.

وراجع في ذلك الترجمة العربية للدستور الأمريكي بطبق كتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار ياقوت العشماوي ، دار المعارف ، ١٩٨٨ .

(19) راجع : Bickel.A.The Least Dangerous Branch , 1962,p.16.

(20) راجع : United States v. Butler, 297 U.S 1, (1936).

(21) راجع : Bickel .A.The Least Dangerous Branch, 1962,p. 26.

(22) انظر في هذا المعنى Ackerman, Discovering the Constitution, 93, Yale L.J. 1013,1023, 1049 (1984).

(23) انظر Brest, The Conscientious Legislators Guide to Constitutional Interpretation, 27 Stan. L.Rev. 585 (1975).

(24) راجع : Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit., p. 38

(25) راجع : Home Building & Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 442-443 (1934).

(26) انظر : Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op.cit., p. 39.

(27) ينص التعديل التاسع على أن ذكر حقوق معينة في الدستور لن يفسر على نحو ينكر أو يتفق من الحقوق الأخرى التي يحفظها الشعب.

(28) راجع : Donald E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Mcfarland and Company, Inc. ed. 1990, p. 1-3.

(29) راجع : Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1992, p. 39 - 42.

(30) راجع : Lawrence Baum, The Supreme Court, 2nd.ed.,CQ. press,1985,p. 27. s.

(31) راجع : Henry J. Abraham and Bruce Allen Murphy, The Influence of Sitting and Retired Justices on Presidential Supreme Court Nominations.

Hastings Constitutional Law Quarterly 3 (Winter 1976) p.37- 63.

(32) راجع : Abraham and Murphy, Influence of Sitting and Retired Justices , Newsweek, July 20, 1981, p. 17.

(33) وجاء بعبارة حرفيا Felix overplayed his hand.

راجع : William O. Douglas, Go East , Young Man, The Early Years . New York , Random House , 1974, p.332.

(34) راجع : Henry J. Abraham, Justices and Presidents, A Political History of Appointment to the Supreme Court, 2nd. ed., New York, Oxford University Press, 1985, p. 71 - 72.

(35) راجع كتاب : An Essential Safeguard.: وهو عبارة عن مقالات جمعها "جيري ستيفنسون الابن" ، Greenwood Press ، ١٩٩١ ، ص ٢٨ - ٣٩ .

(36) راجع : Robert Scigliano, The Supreme Court and the Presidency, New York Free Press, 1971, p. 107 - 108.

(37) راجع : "An Essential Safeguard" المرجع السابق، ص ٤٢-٤٤ .

(38) هناك إحصائية تؤكد هذا المعنى ووردت بكتاب.

David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decision Making, San Francisco, W.H. Freeman & Company 1976, p. 107-109.

(39) Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., 1985, p 40-41.

(40) راجع كتاب: "An Essential Safeguard", المرجع السابق، ص ٤٦-٤٧.

(41) ونص عبارته حرفياً:

see how a man could be on the court and not change his view substantially.

وقد وردت هذه العبارة في ملاحظة أبداها رئيس القضاة إيرل وارن إلى المدعى Antony Lewis في مقالة بعنوان: تحديث مع وارن عن الجريمة والحكمة والدولة نشرت بمجلة نيويورك تايمز في ١٩ أكتوبر ١٩٦٩، ص ١٢٨، -١٢٩

(42) راجع

Lou Cannon, Regan Pledges Would Name a Woman to the Supreme Court, Washington Post, October 15, 1980, : A. 6

(43) راجع في تفاصيل المثال الأول والثاني:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 49-51.

(44) راجع ما كتبه بورك بمفرد:

Some First Amendment Problems, 47 Ind. L. J. 1, 1971.

(45) راجع في التفاصيل:

Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit. p75-76.

(46) راجع:

Sheldon Goldman and Thomas P. Jahnige, The Federal Courts as a Political System, 2nd. ed, New York, Harper & Row, 1976, p. 67

(47) راجع في التفاصيل:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p 57-59.

(48) يلاحظ أنه نظراً لغموض بعض الأحكام الدستورية، ولأن القوانين يمكن تصنيفها بطرق متعددة فقد حدث خلاف في الإحصاءات المبينة للقوانين التي يعض دستورتها سواء الفيدرالية أو تلك الصادرة عن الولايات.

راجع في ذلك:

The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, Washington D.C., Government Printing Office, 1973 and 1982.

(49) راجع:

Scott v. Sandford, (1857) ; Hammer v. Dagenhart (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co. (1922); United States v. Butler (1936).

(50) راجع في ذلك:

The Supreme Court: Justice and the Law, 3 rd. ed. Washington, D.C. Congressional Quarterly Inc. 1983, p. 159-164.

(51) راجع في التفاصيل:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p169-170.

(52) راجع هذه الإحصائية بكتاب:

Glendon A. Schubert, Jr. The Presidency in the Courts, Minneapolis : University of Minnesota Press, 1957, p. 354-365.

(53) انظر في تفاصيل الخلاف. د/ محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص ١٥٩-١٦٢، د/ رمزي الشاعر النظرية العامة للقانون الدستوري المرجع السابق ص ١٩ وما بعدها، د/ سمعان الشرفاوي، د/ عبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، ص ١٧٨ وما بعدها.

(54) انظر في آراء الفقهاء المؤيدين لرقابة القضاء د/ عبد الحميد متولي، الوسيط المرجع السابق، ص ٥٧٨، د/ السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري الطبعة الرابعة، مكتبة عبد الله وهبة، سنة ١٩٤٩ ص ٦٤٦ وما بعدها.

(55) راجع بحث رقابة القضاء لدستورية القوانين للمستشار السيد علي السيد بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى يناير ١٩٥٠. مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص ٧٢-٧٣.

(56) ذهب لهذا الاتجاه الدكتوران وحيد رافت ورايت إبراهيم في مؤلفهما عن القانون الدستوري سنة ١٩٢٧ ص ١٠١٤.

(57) ع/ علي حسين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين (الحكمة الدستورية العليا طبعها ومهامها وأهم مبادئها)، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص ٩.

(58) راجع رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٥٦٣.

(59) د/ عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٥٧٩.

(60) راجع د/ السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٦٥٩، بحث د/ عبد السلام نهني المنشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى يناير ١٩٥٠، ص ٨٩.

(61) راجع بحث د/ عبد السلام نهني، المرجع السابق، ص ٩٠.

(62) راجع د/ السيد صبري، المرجع السابق، ص ٦٦٢-٦٦٤.

(63) راجع الحكم بمجلة للحاماة أعداد إبريل ومايو ويونيو ١٩٤٢ ص ٧٣٥ وما بعدها و/ السيد صبري المرجع السابق ص ٦٦٤-٦٦٦ ورسالة دستورية القوانين للدكتور علي الباز هاشم ص ٤٩٠، ٤٩١.

(64) ورد بمحيطيات الحكم ما يلي: وحيث إن الأراء تضاربت فيما إذا كان للمحاكم الحق في بحث دستورية القوانين أو أنها منقولة من ذلك والقانونين بالنزاع يزعمون أن الإباحة تجعل السلطة القضائية مهيمية على السلطة التشريعية ورفعية على أعمالها ويستندون في تدعيم رأيهم هذا على المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي تمنع للمحاكم من تناول الأمور الإدارية أو إيقاف تنفيذها وحيث إن النظام الدستوري يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية في بعضها واستقلال كل منها عن الأخرى فلكل واحدة منها تمام السيادة في حدود اختصاصها إلا أنها جميعا مفيدة للمستور الذي أوجدها ومنه تستمد سلطاتها وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه طبقا للمادة الثالثة والعشرين التي تنص على أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامها فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها في هذا الاعتداء مادامت هذه بدورها مستقلة في حدود اختصاصها، والقاضي مختص بإيجاد الحل القانوني للنزاعات المطروحة عليه وهو مقيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما أنه مقيد أيضا بالقانون الأساسي للدولة وهو اسمى القوانين جميعا، فإذا ما تعارض القانون العادي مع الدستور فواجب للقاضي في هذه الحالة يقضي عليه بترجيح النص الدستوري على القانون العادي وتطبيق الأول وإعمال الثاني ولا يخرج بذلك عن اختصاصه فهو لا يلقى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم لا يفتأت على السلطة التشريعية وإنما يقوم بوظيفته القانونية التي تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح أمامه، وبنيين مما تقدم أن مبدأ فصل السلطات لا يمنع المحاكم من بحث دستورية القوانين بل ربما كان الأخذ بهذا الرأي نتيجة حتمية وطبيعة منطقية كما قال بارتلمي - وحيث - لمبدأ فصل السلطات إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تحافظ على استقلالها إلا إذا اقتضت بأن القانون الذي سنطيقه هو قانون صحيح ومستوف لشروط القانون الدستوري، وهو بذلك المثل الأكبر لضمان الحريات الشخصية = صرحيت إن المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لا تصلح أساسا لتدعيم الرأي القائل بمنع المحاكم من الفصل في دستورية القوانين لأن هذه المادة تنص للمحاكم البحث في مشروعية الأمور الإدارية فهي تبيح لها بطريق القياس هذا الحق بالنسبة لمستور القوانين، وهي على كل حال خالية من أي نص بمنع المحاكم من استعمال هذا الحق الأخير وكل ما فيها أنها تحظر على المحاكم تناول الأمور الإدارية أو إيقاف تنفيذها ولكنها في الوقت نفسه تؤولها للسلطة في تعويض المضر من تنفيذ هذه الأعمال المخالفة للقانون. وقد انتهت المحاكم إلى التحلل من هذا الحظر فقضت محكمة مصر المستعجلة بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٢٨ في قضية مزرعة الجبل الأخضر (مجلة للحاماة ق ١٩ ص ٥٧) أن العمل الإداري الذي لا تشويه شائبة من إحدى نواحيه القانونية هو الذي يستفيد وحده من الحماية الإدارية المقررة بالمادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم فلا يقلل نقدا قضائيا ولا يؤهل منعه أو يوقف تنفيذه بطريق مباشر أو غير مباشر، أما العمل الإداري غير الحقيقي أي العمل الاستبدادي فإنه يخرج في هذه الحالة عن حظيرة الأعمال الإدارية وهو عمل باطل لا تحمي مطلقا الحماية الإدارية وتسرى عليه أصول القانون من الوجهة العامة فيجوز إلغاؤه أو إيقاف تنفيذه واستخدام الوسائل القانونية المعروفة لتعطيله، كعالة ما إذا كان قد جاء مخالفا للقانون مخالفة صارخة في جميع نواحيه نصا وغرضا جاز للرد الفعالي الانتقام، إلى للمحاكم القضائية في هذه الحالة للحكم بإلغاء العمل الإداري باعتباره تعديا والحيولة دون نفاذه، والحظر المشار إليه قاصر على الأمور الإدارية لأسباب تحصل بحسن سير الإدارة الحكومية فلا يتعداها إلى القوانين لعدم النص ولا لعدم المقتضى. وللمحاكم - إذا اقتضت في بحثها بعدم دستورية أي قانون - ألا تتعبد به وأن تطبق النص الدستوري بونه وليس في القانون ما يحول بينها وبين استعمال هذا الحق، وحيث إنه يستخلص مما تقدم أن للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه وإذا اقتضت بمخالفته لأحكام الدستور شكلا وموضوعا فلا أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامها.

(65) راجع في نقد الحكم الاستثنائي، د السيد صبري المرجع السابق، ص ٦٦٩-٦٧٠، د/ عبد الحميد متولى، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق ص ٥٩٤-٥٩٥.

(66) راجع بحث د/ عبد السلام ذهني، المرجع السابق، ص ٩٢، ٩٣.

(67) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ٦٥ لسنة ١٩٤٨/٢/١٠ وقد أورد حيثيات الحكم كاملة - د السيد صبري، المرجع السابق، هاشم ص ٦٧١-٦٧٤.

- وفي شرح حجة هذا الحكم د/ فؤاد العطار القضاء الإداري، دار النهضة ١٩٦٦، ١٩٦٧، ص ١٣٩-١٤١، د/ محمد عبد الطيف إجراءات القضاء، القضاء ١٩٨٩ ص ٤٢، د رمزي الشاعر المرجع السابق ص ٢٦٦-٢٧٧.

(68) يلاحظ أن هذا الحكم سابق على حكم الجنايات المختلط سالف الإشارة إليه إذ إن الأخير صدر في ٩ / ١٢ / ١٩٤٨ وكان يجب عليه أن يحتذى بالأول والذي سبقه بعدة أشهر فقط وألعل سبب الإغفال الذي حدث يرجع إلى عدم نشر حكم مجلس الدولة في حينه نشرًا علنيًا يعلم به الخاص والعام ولاختلاف في كون كل نقض فيرأ لا شك فيه ممن اتصلوا بهذا الحكم وضعا أو دفاعا أو تحضيرًا.

(69) راجع بحث المستشار السيد علي السيد بمجلة مجلس الدولة لسنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص ٧٦-٧٧.

(70) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٥٥٧.

(71) راجع الحكم بمجموعة أحكام محكمة النقض الجنايات السنة الثالثة العدد الثامن ص ٤٨١ وأيضا حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٥٧/٥/٢١ في الطعن الجنائي رقم ٧٧٧ لسنة ٢٥ السنة الثامنة ص ٢١٩، وراجع لزيد من الأركان في هذا الصدد الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية - منذ إنشائها عام ١٩٣١ - الإصدار الجنائي الجزء السابع عام ١٩٨١ ص ٢٦٦.

- (95) راجع في شرح الظروف التي سبقت إنشاء المحكمة د/ ثروت بدوي، للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية، ١٩٧١ ، ص ١٥٠ وما بعدها.
- (96) راجع في تلك النصوص المستشارين ياقوت العشماوي، عبد الحميد عثمان المستشارين المفوضين بالمحكمة العليا ، أحكام وقرارات المحكمة العليا، سنة ١٩٧٢ الجزء الأول الخاص بالدعوى الدستورية.
- (97) ذهب د/ رؤوف عبيد إلى أنه كان إنشاء هذه المحكمة العليا في ظروف استثنائية أو بالأدق منظمة وهي رغبة بعض مراكز القوى في سنة ١٩٦٩ في التخلص من أكثر من مائتي مستشار يقاض بحجة أنهم غير متعاونين للتعاون الكافي مع السلطات أي مع جرائم الطغيان والتكبل بالأبرياء بوجه عام، ويعارض عن إنشاء هذه المحكمة ويرى أنه من الأفضل جعل اختصاصها لدائرة تشكل بمعرفة المجلس الأعلى للهيئات القضائية من أعداد متساوية من مستشاري محكمة النقض العادي والإداري ويؤاسهم الأكبر سنا.
- راجع في ذلك الرقابة على الدستورية والشريعة في المواد الجنائية، مطبعة الاستقلال الكبرى ١٩٧٩ ص ٥٧-٥٩.
- (98) نتج عن تقسيم المحكمة الدستورية في ألمانيا إلى دائرتين أن اختلفت اتجاهاتهما إلى حد أن سميت إحداهما بالدائرة الحمراء إشارة إلى تغليب الاتجاهات الاشتراكية في معتقدات أعضائها.
- راجع في ذلك رسالة د/ كمال أبو اللجد ، المرجع السابق، هامش ص ٥٧٩.
- (99) راجع رسالة د/ كمال أبو اللجد ، المرجع السابق، ص ٥٢٣ وما بعدها.
- (100) راجع رسالة د/ علي الباز ، المرجع السابق، ص ٥٢٥.
- (101) د/ محمد حسنين عبد النعال، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية، ص ١٧٥.
- (102) د/ كمال أبو اللجد، المرجع السابق، ص ٥٢٣.
- (103) في ذات الاتجاه رسالة د/ علي الباز، المرجع السابق، ص ٥٢٣-٥٣٥.
- (104) راجع د/ ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ص ١٦٢.
- (105) راجع د/ مصطفى كمال وصفي، طبيعة اختصاصات المحكمة العليا، العدد الرابع لسنة ٥٠، ابريل سنة ١٩٧٠، ص ١٦ وما بعدها، د/ رؤوف عبيد، الرقابة على الدستورية والشريعة في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٧-٩.
- (106) راجع د/ جمال المطفي، مجلة المحاماة، العدد الأول لسنة ٥٠ يناير سنة ١٩٧٠ ص ٩ وما بعدها.
- (107) انظر حكم المحكمة العليا في القضية ٤ لسنة ١ قضائية جلسة ٢ يوليو ١٩٧١ وراجع في حيثيات الحكم المستشارين ياقوت العشماوي، عبد الحميد عثمان أحكام وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص ٦٩-٧٠.
- (108) ورد بتقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس الأمة في ٩ يونيو سنة ١٩٧٠ عن مشروع قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا مائلي (أقر مشروع القانون المرافق ليقدر في عبارة واضحة حق المحكمة التي يثار لديها الدفع في تقرير جنيتها وإصدار قرارها بوقف الدعوى المطروحة لديها من عدمه على ضوء تقريرها لجدية هذا الدفع، وهو أمر طبيعي حتى لا يتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة للتكيد وتعطيل الفصل في القضايا لدى محكمة الموضوع التي تنتظره، والأمل: على ذلك كثيرة كان يثار دفع بشأن عدم دستورية قانون لا يحكم الخصومة في الدعوى المطروحة أو الدفع بعدم دستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت في شأنه حكما أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص واردة في الدستور ذاته، فترك ولاية تقرير جنية الدفع للمحكمة التي يثار أمامها أمر بوجبه حسن تطبيق القانون وقواعد حسن سير العدالة.
- لاحظ أن الأمثلة السابقة ليست على سبيل الحصر (الباحث).
- (109) راجع للمستشار طه أبو الخير، حرية الدفاع ، المرجع السابق، ص ٧٦.
- (110) من هذا الرأي المستشار مصطفى كمال وصفي طبيعة اختصاص المحكمة العليا، المحاماة ص ٤ في ٤ فبراير سنة ١٩٧٠، ص ١٢.
- (111) راجع حكم المحكمة العليا في ١٩٧١/٧/٣ الدعوى رقم ٤ لسنة ١ ق ع دستورية سالف الإشارة وفي ذات الاتجاه الحكم في الدعوى رقم ١٤ لسنة ٤ ق ع دستورية جلسة ١٩٧١/٤/١٢، الجزء الأول ص ٢٩٥ ، وفي الدعوى رقم ٩ لسنة ٥ ق ع دستورية جلسة ١٩٧١/١/١٦، ص ٤٧٤.
- (112) بعد صدور الحكم الأول بفترة وجيزة صدر دستور سنة ١٩٧١ في ١٩٧١/٩/١١ وبسط رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين واللوائح دون تحديد لهذه اللوائح.
- (113) راجع بحث الرقابة القضائية على دستورية اللوائح للكتور/ محمود عاطف البنا، مجلة القانون، للعددان الأول والثاني مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٢١٧-٢١٩.
- (114) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية (القضاء الدستوري في مصر) سنة ١٩٨٨، ص ١١٥ وما بعدها.
- (115) راجع في نفس الاتجاه د/ عبد العظيم عبد السلام، المرجع السابق، ص ٢٠٨.
- (116) رغم ذلك وجد من الفقهاء من لا يوافق على مبدأ اختصاص المحكمة العليا برقابة اللوائح ومنهم د/ رمزي الشاعر حيث ذهب سيادته إلى أن المقصود بالقوانين في مجال الرقابة على الدستورية القوانين بمعناها الشكلي أي الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة.
- راجع د/ رمزي الشاعر، نظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٤٤.
- كما ذهب د/ ثروت بدوي إلى أن محاولة لإدراج اللوائح الإدارية من بعضها مثل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية في مدلول القانون الذي تختص المحكمة العليا وحدها بالنظر في دستوريته هي محاولة مقضى عليها بالفشل لخالفها طبيعة الرقابة على دستورية القوانين والأصول التي تقوم عليها. وأكد سيادته أن للتصديق بالقوانين في تطبيق

أحكام المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا، هو القانون بالمعنى الشكلي الصادر عن السلطة التشريعية المختصة.

- راجع د/ ثروت بدوي، القانون الدستوري، المرجع السابق ص ١٦٢.
(١١٧) يؤكد الرأي الذي تؤيده أن اللائحة محل الطعن في القضية رقم ٤ لسنة ١٦ دستورية والصادر فيها الحكم في ١٩٧١/٧/٣ كانت قد صدرت في ٢٢ أغسطس ١٩٦٦ ولم ترفع دعوى عدم دستورتها إلا بعد أربع سنوات في ٦ يونيو ١٩٧٠.

(١١٨) راجع المستشار/ طه أبو الخير، المرجع السابق، ص ٧٩٢.

(١١٩) راجع رسالة د/ علي الباز، المرجع السابق، ص ٥٥٨.

(١٢٠) جاء الفصل الخامس من الدستور حاملا عنوان المحكمة الدستورية العليا وقد تناولها في مواهه من (١٧٤: ١٧٨) حيث نصت المادة ١٧٤ على أن (المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة).

ونصت للمادة ١٧٥ على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتحلّي تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها) =

= ونصت المادة ١٧٦ على أن (ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة ويبين الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وواجباتهم.

ونصت المادة ١٧٧ على أن (أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل وتتولى المحكمة مساهلة أعضائها على الوجه المبين بالقانون).

ونصت المادة ١٧٨ على أن (تنتشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار).

(١٢١) راجع في المحكمة الدستورية العليا.

- د/ رمزي الشافعي النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق ص ٥٤٩ وما بعدها.

- د/ عبد العظيم عبد السلام، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

- د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها.

- د/ سعد عصفور، النظام الدستوري المصري لسنة ١٩٧١، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة ١٩٨٠، ص ٢٩٦ وما بعدها.

- د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، دراسة مقارنة، سنة ١٩٨٩، ص ١٣٧ وما بعدها.

- د/ علي حسين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين والمحكمة الدستورية العليا «طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها»، ص ٣ وما بعدها.

- يلاحظ أنه تعددت مشاريع إنشاء المحكمة الدستورية العليا لدرجة أن البعض قد ضاق ذرعا بهذه الفكرة ونابى بالتخلي عنها كلية وذلك بتعديل الدستور ذاته، د/ عماد النجار لماذا المحكمة الدستورية العليا صحيفة أخبار اليوم في ٢١ يوليو ١٩٧٩، المستشار مزروق فكرى، إعطاء مجلس الشورى صلاحية رقابة دستورية القوانين يلغى مهمة تكوين المحكمة الدستورية العليا، صحيفة الأهرام في ٢١ يوليو ١٩٧٩، إلا أن فكرة إنشاء هذه المحكمة لاقت رواجا وإعجابا لدى غالبية الفقهاء، انظر بيان نقابة المحامين المنشور بعدد المجلة الأول والثاني من السنة الثامنة والخمسين عدد يناير وفبراير ١٩٧٨، مقال عه وحيد وأفت بجريدة الأهرام في ١٤ يوليو ١٩٧٩.

هذا وقد عرضت أحد المشاريع بالفعل على مجلس الشعب لإقراره إلا أنه لانتقد بشدة من الأوساط القانونية نظرا لكثرة عيوبه وهي أنه:

من حيث طبيعة المحكمة فقد كان المشروع لإيصال صراحة على أنها هيئة قضائية مما يثير الشك في أنها محكمة سياسية على خلاف ما نص عليه الدستور من أنها محكمة قضائية.

= من حيث تشكيلها: عيب على المشروع تشكيل المحكمة على أساس من تعيين رئيسها بقرار جمهوري وتعيين أعضائها بذات الآداة وبناء على ترشيح وزير العدل وموافقة مجلس الشعب لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد فلم يوفر هذا المشروع ضمانات القضاة من حيث الدوام وعدم القابلية للعزل.

- عيب على المشروع أنه كان يعطي للمحكمة الحق في التفسير اللزم للدستور وذلك خلاف ما قضت به المادة ١٧٥ من الدستور في عبارة (وتتولى تفسير النصوص التشريعية...).

من أهم العيوب ما جعله المشروع لوزير العدل من حق الطعن على الأحكام القضائية النهائية أمام المحكمة الدستورية العليا بسبب مخالفتها للدستور أو عدم التزامها بالتفسير اللزم للمحكمة الدستورية العليا ومن ثم يكون للمحكمة حينئذ الحق في وقف تنفيذ هذه الأحكام وإلغائها الأمر الذي يصنف باستقلال القضاء ويهدم أركانه إذ يجعل من الأحكام مجرد توصية لاتخاذ إلا بعد إقرار وزير العدل لها ويجعل المحكمة مهيمنة على النظام القضائي المصري بالخلاف لنص المادة ١٧٥ من الدستور.

- وقد سجلت الجمعية العمومية لمجلس الدولة اعتراضها بأن أكدت أن المشروع الذي قدم إلى مجلس الشعب يختلف اختلافا جوهريا عن المشروع الذي سبق أن أقره قسم التشريع بمجلس الدولة وتبنت على ذلك أن المشروع الحال يعد بهذه المثابة مشروعا جديدا كان يتعين على الحكومة أن تعرضه على قسم التشريع لمراجعتهم من الناحية الدستورية والقانونية إعمالا لمصرح الجوبج والإلزام الوارد في المادة ٦٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

أما أنها ولم تفعل ذلك فما كان لها - والأمر كذلك - أن تضمن تبجيلا قرار الإحالة عبارة (وبناء على ما أقرته مجلس

الدولة) لمخالفاتها لواقع الحال (مجلة المحاماة السنة ٥٨ العددان الأول والثاني يناير وفبراير سنة ١٩٧٨ ص ٧٥ : ٢٠٦ حيث ورد بهذا الجزء ما ورد بشأن المشروع المريب ومنها (بيان نقابة المحامين - بيان نادي القضاة - قرارات الجمعية العمومية لمجلس الدولة)، انظر مضيقية مجلس الشعب في ١٨/٧/١٩٧٩ ص ٧٧:٧٥ حيث أوردت الاعتراضات على المشروع المسبوب وذلك عند بحث المشروع الذي صار قانونا وقالت الجمعية العمومية لنادي القضاة عن هذا المشروع إنه (بعد انتكاسة للمبادئ والديمقراطية وسيادة القانون التي بدأ الشعب يتنفس عبرها بعد طول معاناة لما يترتب عليه من إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فضلا عن أنه ينطوي على مخالفات جسيمة لأحكام الدستور واعتداء صارخ على استقلال القضاء).

- راجع الرقابة على دستورية القوانين للكتور على حسين ، المرجع السابق، ص ٣٦ وهامشها. هذا وقد سجل مجلس نقابة المحامين اعتراضه بأن ذكر أن المشروع (لا يحقق بأي حال الهدف من إعداده وهو تثبيت دعائم التشريعية وضمان الرقابة الفعالة على التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بأحكام الدستور فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية وصيانة حقوق المواطنين وحرياتهم....).

وبناء على ما سلف يمكن فهم السبب في سحب الحكومة لتلك المشروع وإعادة تقديم المشروع الذي صار قانونا في الفصل التشريعي التالي.

(122) راجع د/ سعد عصفور، النظام الدستوري للمصرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(123) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا إزام على رئيس للحكمة أن يعرض على المجلس الأعلى للهيئات القضائية مرشحين اثنين لكل وظيفة خالية. ولو كان من رشحته الجمعية العامة لسطها مقبولا منه إذ لو سمح ذلك - وهو غير صحيح- لكان عليه أن يعارض الجمعية العامة يوما منحيًا اختيارها، ولو قام على أسس موضوعية لها معنيها وهو ما لا يتصور أن يكون المشروع قد قصد إليه .

راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٧ لسنة ٢ / جلسة ١٥ / ١٩٩٣ ، المجموعة ، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ٣٩٣ .

(124) راجع ص ١٥٥ - ١٥٨ من هذه الرسالة.

(125) د/ سعد عصفور، النظام الدستوري للمصرى ، المرجع السابق، ص ٣٠٥-٣٠٦.

(126) المقصود الجدول الملحق بالقانون (الباحث)

(127) راجع د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق ، هامش ص ٥٦١.

(128) تنص المادة (٢٥) من قانون للمحكمة الدستورية العليا على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي :

أولا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانيا الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتدخل إحداهما عن نظرها أو تطلبت كليهما عنها. ثالثا الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيتين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء والأخر من جهة أخرى منها.

وتنص المادة (٣٦) من ذات القانون على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها .

(129) يرى د/ رمزي الشاعر - حقا- أنه من الأفضل إضافة اختصاصات أخرى للمحكمة مثل كيفية محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء، والفصل في صحة العضوية بالنسبة لأعضاء مجلس الشعب والشورى واستشارتها في استخدام المادة ٧٤ من الدستور . إذ يتحقق بالفعل ذلك للمحكمة صفة الهيئة العليا المنفصلة عن سلطات الدولة التقليدية وتصبح في مستوى لا يقل عن مستوى البرلمان.

راجع في ذلك د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢ =

= ونأدي أيضا ع محسن العويدي بإسناد الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب للمحكمة الدستورية العليا دون تدخل من المجلس الأعلى في هذا المجال لأن ذلك يقترب عليه أن يتم الفصل في صحة العضوية طبقا للدستور والقانون

راجع د/ محسن العويدي ، الاختصاص بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠، ص ٥٩ - ٦٠ .

(130) ورد في إحصائية صادرة عن مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان في مصر - أن المحكمة قضت حتى فبراير ١٩٩٦ بعدم دستورية ٩٢ قانونا خالفت (٥٢) مادة من مواد الدستور ، أي بما لا يقل عن ٢٥٪ من مواد ، وأن ٣٦٥٪ من النصوص المقتضى بعدم دستورتها سابقة على دستور ١٩٧١. في ذلك راجع جريدة الحياة اللبنانية ، ١٩٩٦.

(131) تنص المادة ١٩٥ من الدستور على أنه : يتخذ رأي مجلس الشورى فيما يلي :

١- الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ٢- مشروعات القوانين المكملة للدستور. ٣ - مشروعات الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية. ٤ - معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة. ٥ - مشروعات القوانين التي يحيلها إليه رئيس الجمهورية. ٦ -

ويبلغ المجلس رأي في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب .

(132) راجع حكم المحكمة في الدعوى رقم ٨ لسنة ٩٣ / ١٩٩٣ ، الجزء الخامس، المجلد الثاني ، ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ .

(133) د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٦٩ ، ٥٧٠ .

- (134) د/ عمرو بركات ، مبادئ القانون الدستوري «دراسة مقارنة» ، ١٩٨٩ ، ص ١٤٧ .
- (135) د/ جرجي شفيق ساري ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص ١٣٣ .
- (136) راجع د/ سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .
- (137) د/ رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ - ٥٧٢ .
- (138) د/ عمرو بركات ، مبادئ القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ ، وفي نفس الاتجاه د/ محمد عبد الحميد ابوزيد ، الرقابة على دستورية القوانين ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ، ٢٣٤ .
- (139) الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية ، جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ ، الجزء الثالث ، ص ٢٥٣ .
- (140) في ذلك راجع مجموعة أرقام ٢١ لسنة ١٦٦ دستورية جلسة ٢٠/٥/١٩٩٥ ، ٢٧ لسنة ١٦٦ دستورية جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ ، ٨ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٤/١/١٩٩٥ ، ١٨ لسنة ١٦٦ دستورية جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ ، ٦١ لسنة ١٢٢ دستورية جلسة ٥/١٨/١٩٩٦ .
- (141) سنوضح هذه الفكرة بتفصيل أكبر بالباب الثاني من هذه الرسالة .
- (142) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٩١ ، ١٩٢ .
- (143) الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٢ ، الجزء الخامس للجلد الثاني ، ص ٢٧٦ .
- (144) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٦٦ دستورية جلسة ٤/١٨/١٩٩٢ ، والدعوى ٤٥ لسنة ١٢٢ جلسة ١٧/١٢/١٩٩١ ، للموسوعة ٥ .
- (145) راجع د/ صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية ، ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية ، ص ٥٩ .
- (146) سبق للمحكمة العليا أن أكدت على إخضاع القوانين التي صدرت قبل صدور الدستور للرقابة على دستورية الدستور القائم ، وأكدت أنها لا تسقط تلقائياً لجرد تعارضها مع الدستور حتى لا يحدث فراغ تشريعي يقود إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير الرفاق العامة والعلاقات الاجتماعية فليس معقولاً أن تكون التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمثابة من الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نتمه وأصوله المستمدة من أن رقابة دستوريته أولى وأوجب.....
- إن القول بأن ولاية المحكمة العليا لاتتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورهما وتكون رقابتهما لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دين أحكام الدستور القائم وأوضاعه هذا القول مردود - بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت في الدول ذات المسامير الجامدة تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه - ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دأماً القواعد والأصول التي يقوم عليها الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يحمين التزامها وبراعتها وإمدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى للقواعد الأمرة.
- تقلاً عن: د/ صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية ، المرجع السابق ، هامش ص ٢٢ ، ٢٣ .
- (147) د/ عاطف البنا ، بحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مجلة القانون ، العدد الأول والثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، وفي شرح تفصيلي لأنواع اللوائح ، د/ سليمان الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري «دراسة مقارنة» ، ١٩٨٨ ، بدون دار نشر ، ص ١٢٢ ، ومايعمدا .
- (148) د/ عمرو بركات ، مبادئ القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .
- (149) د/ رمزي الشاعر ، النظرية العامة ، المرجع السابق ، ص ٥٧٥ .
- (150) ويحضرنا مثال لتعارض اللائحة مع القانون لسنائه في الواقع العملي يتمثل في أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطنان والقوانين المعدلة له قرر رفع الضريبة في احوال قوامها زوال الصفة الزراعية عن الأرض بعد سبق ثبوت هذه الصفة وبالتالي سبق فرض الضريبة قانوناً وحدد القانون إجراءات طلب الرفع وأحال إلى اللجنتين المنصوص عليهما في المادتين الثالثة والسابعة من المرسوم بقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقديرات إيجار الأراضي الزراعية لفصل في طلب الرفع ، واللجنة الأولى والمنصوص على تشكيلها هي لجنة التقدير وتقتصر في طلب الرفع ابتداء واشترطت المادة السادسة من المرسوم بقانون المذكور لنفاذ قرارها بالرفع وإمكان الطعن عليه أمام لجنة الاستئناف أن يعتمد من وزير المالية قبل النشر بالجريدة الرسمية.
- أما اللجنة الثانية وهي المنصوص عليها بالمادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور ، فهي لجنة الاستئناف التي يطعن أمامها في قرار لجنة التقدير وذلك في ظرف ثلاثين يوماً من إعلان قرار لجنة التقدير ولا يسقط الحق في الاستئناف ، وأياً كان الرأي حقا وصحفاً فليما تصدر به قرارات لجنة الاستئناف فإنها قرارات نهائية لايجوز لمصلحة الضرائب العقارية إلغاؤها أو تعديلها نزولاً = على مقتضى نهائية هذه القرارات وإن كان لها الحق في الطعن عليها أمام القضاء الإداري وفقاً لأحكام اختصاص بصحتها استقر عليه هذا القضاء سواء خلال اليلاد بناء على ماينص عليه من عيوب عادية أو رغب انقضاء هذا المياد إذا بلغت هذه العيوب من الجلسة حداً يجعلها قرارات معيبة قانوناً .
- راجع في ذلك فتوى إدارة الفتوى لوزارة المالية بتاريخ ١٩٩٥/٣/١١ ملف رقم ١٠٧/٤ - ١٠٧٢ ، فإذا كان ذلك كذلك فإن قرار وزير المالية رقم ١٣٦ لسنة ١٩٧٤ للمعدل بالقرار ٢٠٨ لسنة ١٩٨٤ والذي نص على أن تختص مصلحة الضرائب العقارية بما يلي :
- ساسا ومراجعة وإصدار قرارات رفع وإسقاط الضرائب العقارية وملحقاتها ، يكون قد خالف صحيح القانون وأخل بنهائية قرار اللجنة الاستئنافية للمنصوص عليه قانوناً ومن ثم فإن هذا القرار يكون غير مشروع لمخالفته أحكام القانونين ٥٣ لسنة ١٩٣٥ و ١١٢ لسنة ١٩٣٩ سالف الذكر ، وإذا كان هذا القرار بوصفه لائحة لايمكن أن يلغى لتحصنه فإن يظل دائماً من حق القضاء الإداري إلغاء القرارات الإدارية الصادرة طبقاً له .

هذا وبما كانت اللائحة المذكورة لاتمد تنفيذا لاي من القانونين رقمي ٥٢ لسنة ١٩٣٥ و ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فمن ثم فإن المخالفة المنسوبة إليها لاينطبق عليها حكم المادة (١٤٤) من الدستور والتي تحظر على اللوائح التنفيذية تعديل أو تعطيل القوانين أو الإعفاء منها ومن ثم لامتعى دستوري عليها.

- (151) راجع د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٧٦، ٥٧٧.
- (152) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣، الموسوعة، ص ٧.
- (153) الدعوى رقم ٦٧ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٣، الموسوعة، ص ٤٨.
- (154) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٩ لسنة ٩ ق بلسمة ١٩٩٢/١١/٧ الموسوعة، ص ٥٠.
- (155) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق بدستورية، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣، المجموعة الجزء الرابع ص ٨٦-٨٨.
- (156) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٥.
- (157) راجع حكم المحكمة العليا، الدستورية، في الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ ق ع (دستورية) جلسة ١٩٧٥/٤/٥، الجزء الأول، ص ٢٥٨.
- (158) راجع حكم المحكمة العليا (الدستورية) في الدعوى رقم ١١ لسنة ٧ ق ع بدستورية جلسة ١٩٧٨/٤/١، الجزء الثاني، ص ١٢٠.
- (159) يلاحظ ان المسائل السياسية وإن كانت لاتصلح محللا للرقابة الدستورية إلا أننا فضلنا دراستها على نحو مسهب ضمن الباب الرابع من هذه الرسالة والمتعلق بالقواعد الذاتية القضائية.
- (160) راجع المستشار/ محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول السنة الرابعة عشر، يناير-مارس سنة ١٩٧٠، ص ١٢٢-١٢٤.

الباب الثاني

تحريك الرقابة الدستورية

الفصل الأول

أساليب ممارسة رقابة الدستورية في أمريكا

هناك ثلاثة أساليب لممارسة رقابة الدستورية هي أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون وأسلوب أوامر المنع وأسلوب الأحكام التقريرية ، وسوف ندرس كل أسلوب مما سلف في مبحث مستقل.

المبحث الأول

أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون

يعد أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون هو الأسلوب الرئيسي لتحريك رقابة الدستورية - كما هو الحال في مصر ، ولما كان الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين ليس إلا جزءاً طبيعياً من وظيفة القضاء الأصلية وهي الفصل في الخصومات والمنازعات فمن ثم لا يكون للدفع بعدم الدستورية ما يميزه عن غيره من سائر الدفوع الأخرى .

ولما كان الدستور في المادة الثالثة قد قصر اختصاص السلطة القضائية على نظر المنازعات والخصومات فمن ثم يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية مايلي :

١- أن تكون هناك خصومة حقيقية لا نظرية أو افتراضية ، فلا يجوز أن يتصل العمل القضائي بغير القضايا الواقعية ، ومنذ عهد أول رئيس للولايات المتحدة وهو جورج واشنطن رفضت المحكمة العليا إعطاء آراء استشارية واعتذرت عن ذلك بأثر جم .

كما لا يجوز للمحكمة النظر في قضية تواطأ طرفاها على رفعها للطعن في دستورية قانون ما ، طالما خلى الأمر من خصومة حقيقية ، كما لا تنظر المحكمة في الدعاوى غير المنتجة " moot cases " وهي التي لا يكون للحكم الذي يصدر فيها أى أثر قانوني على الخصومة القائمة .

وذلك طبقته المحكمة فى حكم لها أصدرته عام ١٩٤٢ قضت فيه برفض إصدار أمر certiorari تأسيسا على أن العقوبة التى يطعن المدعى على دستوريته قد نفذت فعلا.

٢ - ضرورة توافر المصلحة الشخصية لدى مبدئ الدفع بعدم الدستورية ويجب أن تكون هذه المصلحة مباشرة ، وإلا رفضت المحكمة الطعن، وهذا ما حدث فى قضية سنة ١٩٢٢ عندما حكمت المحكمة بأن مصلحة دافع الضريبة كمساهم فى النفقات العامة للحكومة الاتحادية لا تعد مصلحة كافية تبين له الطعن فى دستورية قانون يتضمن اعتماد بعض المبالغ للصرف على وجه يراه الطاعن متعارضا مع الدستور، وقررت المحكمة بين دافع الضريبة المحلية ودافع الضريبة الاتحادية إذ الصلة المباشرة فى الحالة الأولى بون الثانية هى المسوغة للطعن ، وأوضحت المحكمة أنه لا يقبل من الطاعن فى دستورية القانون أن يكتفى بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من نصوص الدستور بل يجب عليه فوق ذلك أن يثبت أن القانون قد سبب له ضررا شخصيا مباشرا أو يشك أن يسبب له هذا الضرر ، ولا يكفى فى ذلك أن يثبت أنه مهدد على نحو عام غير محدد بضرر يشاركه فيه عامة الناس.

وفى سنة ١٩٣٧ قررت المحكمة أنه ليس لمحام أمام المحكمة العليا أن يطعن فى صحة تعيين عضو بالمحكمة العليا.

ويشترط أن يكون الضرر الذى يشكو منه الطاعن ضررا فعلياً قابلاً للإصلاح القضائى كما يقبل الضرر المستقبل المؤكد أو الوشيك الوقوع (1)،(2).

المبحث الثانى

أسلوب أوامر المنع

يمكن تعريف أوامر المنع بأنها أوامر قضائية تتخذ صيغة النهى الصريح وتوجه الى شخص ما لإنذاره بأنه إذا ما استمر فى نشاط خاطئ معين أو إذا باشر نشاطا خاطئا يوشك أن يقوم به فإنه - فوق التزامه بالتعويض - يتعرض للعقاب على أساس إهانة القضاء .

والأصل فى تلك الأوامر أنها وقائية ممانعة فيشترط لإصدارها أن تكون قبل وقوع الضرر إلا أن الأمر تطور فى الولايات المتحدة الأمريكية إلى إمكان إصدار بعضها بعد وقوع الضرر وتسمى حينئذ "restorative injunctions". وتصلح أوامر المنع لحماية الأنواع المختلفة من الحقوق وذلك فى المجالات المختلفة عدا مجال منع تنفيذ العقوبات الجنائية ، كما لا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما يتعذر تقديم الحماية عن طريق قواعد الـ common law وذلك بوصفها إجراء من إجراءات العدالة التى تعتمد أساسا على مبادئ الأخلاق والضمير والقانون الطبيعى وليس على السوابق القانونية .

وسوف ندرس استخدام أوامر المنع فى الرقابة على دستورية قوانين الولايات فى المطلب الأول وفى المطلب الثانى سوف ندرس استخدام تلك الأوامر فى رقابة القوانين الاتحادية .

المطلب الأول

أوامر المنع والرقابة على قوانين الولايات

استخدمت هذه الطريقة بداية بمناسبة قضية أوسبورن⁽³⁾ ضد بنك الولايات المتحدة سنة ١٨٢٤، حيث كانت المحكمة العليا قد قضت في قضية ماك كولوش ضد ماريلاند بعدم دستورية فرض الولايات ضريبة على فرع بنك الولايات المتحدة، وكانت ولاية أوهميو قبل إصدار الحكم قد أصدرت تشريعا يفرض ضريبة على فروع البنك في الولاية و يخول الموظفين المختصين بجبايتها سلطة واسعة في التفتيش والمصادرة تطبيقا لهذا القانون الضريبي ، وقد أعلنت الولاية بعد صدور الحكم في قضية ماك كولوش أنها لن تنفذ الحكم فسعى البنك إلى المحكمة الاتحادية الدنيا لمنع الموظفين المختصين من تطبيق هذا القانون وأجيب البنك إلى طلبه إلا أن الولاية تجاهلت الحكم ، ولما وصلت القضية إلى المحكمة العليا أكتت على أن تشريع ولاية أوهميو لا يمكن أن يعد دستوريا في ظل سابقة ماك كولوش ، وأنه لا تعارض مع التعديل الدستوري الحادي⁽⁴⁾ عشر إذ إن الموظف الذي يحاول تنفيذ قانون مخالف للدستور يفقد كل حصانة قانونية وصفته القانونية كممثل للولاية ومن ثم لا يعد الأمر الصادر بمنعه من تنفيذ ذلك القانون موجها ضد الولاية نفسها .

ومنذ هذا الحكم تعلق التعديل الحادي عشر بأوامر المنع لوجود شبهة مقاضاة الولاية بغير رضاها وهو الأمر الذي يمنعه ذلك التعديل ، وبعد فترة من التفرقة الغامضة بين الموظف العادي الملزم بموجب القوانين العادية القائمة في الولاية والموظف المكلف بعمل معين وفقا لنص تشريعي محدد يخالف الدستور - حيث كانت المحكمة تميز إصدار أوامر المنع لموظفي الفئة الأولى دون الثانية - وصلت المحكمة في قضية يونج⁽⁵⁾ سنة ١٩٠٨ إلى التسوية بين الفئتين في الإجابة .

ومنذ ذلك الحين أصبحت أوامر المنع وسيلة سهلة وطبعة للطعن على قوانين الولايات .

المطلب الثاني

أوامر المنع والرقابة على القوانين الاتحادية

تعد السابقة الرئيسية في هذا الشأن حكم المحكمة في قضية المسيسيبي⁽⁶⁾ سنة ١٨٦٧ حينما سعت تلك الولاية إلى إصدار أوامر المنع للرئيس جونسون لمنع من تنفيذ قوانين التعمير بعد حرب الانفصال ، وقد رفضت المحكمة إصدار هذا الأمر مستندة إلى مبدأ الفصل بين السلطات ومغولة على اعتبارات عملية تسوغ مسلكها .

وفي سنة ١٨٦٨⁽⁷⁾ عرضت ذات المشكلة ولكن بالنسبة لوزير الحرب وعدد من معاونيه ، وكانت ولاية جورجيا هي المدعية هذه المرة فرفضت المحكمة أيضا إصداره استنادا إلى فكرة الأعمال السياسية .

وفي قضية مصانع الصلب سنة ١٩٥٢⁽⁸⁾ طلبت شركات إنتاج الصلب من المحكمة إصدار أمر منع إلى وزير التجارة لمنع من تنفيذ الأمر الصادر إليه من الرئيس ترومان بالاستيلاء عليها وإدارتها تحت إشراف الوزارة لعدم دستورية ذلك القرار ، فأصدرته المحكمة بالفعل بحسبان أن الأمر الصادر

إلى وزير التجارة لا يعد صادرا إلى الرئيس الأمر الذي يشير إلى أن المحكمة تقبل إصدار أوامر المنع إلى من هو دون الرئيس من أعضاء السلطة التنفيذية⁽⁹⁾.

المبحث الثالث

أسلوب الأحكام التقريرية "Declaratory Judgments"

عرف النظام الأمريكى طريقا ثالثا للعلن فى دستورية القوانين هو طريق دعوى تقرير الحقوق وهى التى تسمى فى الولايات المتحدة بالأحكام التقريرية، وفكرة الأحكام التقريرية تقوم على أساس من أن الأطراف غير الواثقة من حقوقها القانونية تريد من المحاكم أن تثبت وتحدد هذه الحقوق قبل أن يحدث إيذاء ما لها، ومن ثم فهى تضىء للمراء طريقه قبل أن يخطوه.

والأحكام التقريرية فى الأساس وسيلة من وسائل القانون الخاص وتقرر المحكمة المراكز القانونية للخصوم دون أن تعقب هذا التقرير بأى أمر تنفيذى، ولا يشترط أن تكون الشكوى من ضرر معين وقع أو وشيك الوقوع، إلا أن الحكم التقريرى يتمتع بما تتمتع به الأحكام من حجية الشئ المقضى ومن قيمته كسابقة قضائية⁽¹⁰⁾.

وقبل سنة ١٩٢٤ كانت الأحكام التقريرية موجودة فى بريطانيا العظمى والهند واسكتلندا وكندا وإستراليا وبول عبيدة، وكانت أكثر من ٢٤ ولاية أمريكية قد تبنتها، إلا أن المحكمة العليا لفظتها ومثال ذلك ما قرره المحكمة العليا فى قضية "Willing" (١١) سنة ١٩٢٨ والتى تخلص وقامتها فى أن جمعية ما استأجرت قطعة أرض لمدة طويلة وأقامت عليها قاعة احتفالات ورغبت الجمعية بعد ذلك فى هدم ذلك المبنى لإقامة مبنى حديث، وخلال المحادثات الودية مع أحد المؤجرين وهو المدعى "Willing" عبر المذكور عن اعتقاده فى عدم قانونية هذا الأمر ما لم يوافق المستأجرون جميعا، وبعد ذلك بعام رفعت الجمعية دعوى ضد المستأجرين جميعا لتقرير حقها فى الهدم والبناء، وهنا رأى القاضى برانديز الذى كتب حكم المحكمة أن الدعوى لا تمثل نزاعا حقيقيا إذ لا يوجد عمل عدائى ولا تهديد به وما يسعى إليه المدعى هو ببساطة مجرد الحصول على حكم تقريرى لحقوقه وهو مما لا تملكه المحكمة، ولا يوجد مدعى عليه قرر بخطأ المدعى أو هدمه إذا قام بالهدم وهكذا يفقد النزاع ماديته، حيث إن الدعوى الماثلة لم تنضج المحكمة طبقا لنص المادة الثالثة من الدستور.

وفى عام ١٩٣٤ صدر القانون الاتحادى للأحكام التقريرية مقررًا أنه فى القضايا التى تنطوى على خصومة حقيقية تكون لمحاكم الولايات المتحدة أن تقرر حقوق ومراكز الأطراف الذين يطلبون منها ذلك، سواء أضافوا إلى طلبهم هذا طلب جزاء تعويضى أو لم يفعلوا ذلك، ويكون لما تقررده المحكمة فى ذلك ما للأحكام من حجية، ويجوز الطعن فيه على هذا الأساس.

وقد عرض هذا القانون للتطبيق أمام المحكمة العليا للمرة الأولى سنة ١٩٣٧ فقررت بحكمها المجمع عليه دستوريته⁽¹²⁾.

وهكذا استقر مبدأ الأحكام التقريرية وأصبح عاديا استخدام المحكمة العليا لها فى غير مجال دستورية القوانين ومنها الحكم الشهير الصادر سنة ١٩٦٧ فى قضية النائب /كلايتون⁽¹³⁾، والذى

تخلص وقائعه في أن المذكور استبعده مجلس النواب من عضويته تأسيسا على أحكام الفقرة الخامسة من المادة الأولى من الدستور والتي تقرر أن « كل مجلس يكون حكما في انتخابات أعضائه وتناجها والشروط اللازم توافرها فيهم. » ولما رقع المذكور دعواه ووصلت للمحكمة العليا دفع أمامها بعدم الاختصاص تأسيسا على أن بحث شروط العضوية من اختصاص مجلس النواب وحده ولا تستطيع المحكمة أن تلزم مجلس النواب بأمر ما ، وهنا رفضت المحكمة هذا الدفع وأصدرت حكما تقريريا غير منيل بالصيغة التفينية بالتزام المجلس بقيد «باول» به بحسبانه تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها دستوريا والتي لا يستطيع الكونجرس تغييرها⁽¹⁴⁾.

وبالنسبة لاستخدام المحكمة للأحكام التقريرية في مجال الرقابة على دستورية القوانين بعد تأكيدها لدستورية قانون الأحكام التقريرية، فإنه يبين من متابعة أحكام المحكمة العليا تحفظها الشديد في قبول الأحكام التقريرية كوسيلة لبحث دستورية القوانين مستندة لما يقرره قانون الأحكام التقريرية من جواز إصدار المحاكم لتلك الأحكام في أحوال الخصومات الحقيقية بين الأفراد ، وحتى تتجنب المحكمة إصدار آراء استشارية ، وهكذا يبدو ضالة قيمة الأحكام التقريرية كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين.

ويرى د. كمال أبو المجد خطأ مسلك المحكمة لأن الأحكام التقريرية في تقديره هي أنسب الطرق وأصلحها لممارسة الرقابة على القوانين ومرد ذلك أن القضاء في المسائل الدستورية ليس في معظم صورته إلا قضاءً تقريريا، حتى في الأحوال التي يتخذ فيها صورة الأمر بمنع تنفيذ القانون ، أو القضاء بعدم دستوريته عند الدفع بذلك في خصومة موضوعية، إذ الواقع يثبت أن كل ما يهدف إليه أطراف النزاع في كثير من الصور هو التحقق من الوضع الدستوري لقانون أو لائحة معينة، وذلك حتى يرتبوا روابطهم ومراكزهم الخاصة على أساس هذا الوضع. أما التجاؤم إلى الإجراءات التقليدية في عرض هذه المشكلة الدستورية فليس إلا نزولا عند حكم ما جرى عليه القضاء من اشتراط عرض المشكلة الدستورية في أحد هذه القوالب الإجرائية التقليدية⁽¹⁵⁾.

ونرى عكس ما يراه أستاذنا إذ إن الخصومة الحقيقية هي التي تجعل الرقابة الدستورية رقابة في الموضوع وليست رقابة في الفراغ، والواقع وكما قرر القاضي بوجلاس عام ١٩٤١ أن الفارق بين ما يعد من الأمور المجردة أو النظرية وما يعد خصومة حقيقية بالمعنى المقصود في القانون ليس إلا فارقا في الدرجة، ومن العسير وضع معيار ثابت له يهتدى به في جميع القضايا المستقبلية فالمسألة إذا مسألة وقائع تفصل فيها المحكمة حسب ظروف كل قضية وملابساتها.

الفصل الثامن

كيفية تحريك الرقابة أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر

تقسيم :

يصدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لم يعد الدفع الفرعى هو الأسلوب الأوحد لتحريك دعوى الدستورية - كما هو الحال إبان عهد المحكمة العليا - وإنما أصبح هناك ثلاثة أساليب، أحدها هو أسلوب الدفع الفرعى والآخر هو أسلوب الإحالة من محكمة الموضوع والثالث هو أسلوب التصدى وذلك هو المستفاد من نص المادتين ٢٧ و٢٩ (١٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا. وهكذا فإنه لايجوز البتة قبول الدعوى الأصلية (١٧).

وسوف نتناول كل طريقة من الطرق الثلاث السابقة تفصيلا فى مبحث مستقل. وعلى ذلك ستكون دراستنا فى هذا الفصل مقسمة على النحو التالى :

المبحث الأول : طريقة الدفع.

المطلب الأول : ماهية طريقة الدفع.

المطلب الثانى : ميعاد رفع الدعوى الدستورية.

الفرع الأول : كيفية تنظيم الميعاد.

الفرع الثانى : مد الميعاد ووقفه وقطعه.

المبحث الثانى : طريقة الإحالة.

المبحث الثالث : الهيئات ذات الاختصاص القضائى التى تتساوى مع المحاكم فى الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى الدستورية حال الدفع بها.

المطلب الأول : أمثلة للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى.

المطلب الثاني : أمثلة للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
المطلب الثالث : معيار التمييز بين الهيئة القضائية واللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي وقوائمه.

الفرع الأول : معيار التمييز.

الفرع الثاني : قوائد التمييز.

المبحث الثالث : طريقة التصدي.

المطلب الأول : ضوابط التصدي.

المطلب الثاني : موقف المحكمة الحديث من حق التصدي.

المطلب الثالث : اختلاف فكرة التصدي عن فكرة السقوط.

المبحث الأول

طريقة الدفع

المطلب الأول

ماهية طريقة الدفع

هي أكثر الأساليب شيوعا لتحريك الدعوى الدستورية، وتكون بأن يدفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون أو لائحة ، وهنا لا يجاب مبدئى الدفع إلى دفعه تلقائيا بل لابد أن يتأكد القاضي أولا من جدية الدفع.

ومعنى جدية الدفع أن يكون القانون أو اللائحة المظنون فى دستوريتها متصل بموضوع النزاع أى أنه يمكن تطبيق أحدهما على الدعوى على أى وجه من الوجوه، وأن يكون هناك شك فى دستورية القانون أو اللائحة المطعون فى دستوريتها ويعتبر الشك فى جانب عدم الدستورية.

ويرى د. رمزى الشاعر (18) أنه إذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع فلا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تعقب على ذلك وهو الأمر الذى خالفته بحق المحكمة الدستورية العليا، عندما رأت أن تصريح محكمة الموضوع لمبدئى الدفع بعدم الدستورية قد ورد على غير محل نظرا لانتواء الدفع على تجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها ورأت أنه يتعين دائما لاتصال الدعوى بها عن طريق الدفع الفرعى ، ألا يكون هذا الدفع مبهما وأن يكون تقدير محكمة الموضوع تاليا لبيان مضمونه، وهو ما قام الدليل على نقيضه(19).

و لا يطلب بالطبع من رافع الدعوى الدستورية أى دليل آخر لإثبات جدية دفعه غير التصريح له من جانب محكمة الموضوع برفع دعواه (20).

وقد كان قانون المحكمة العليا لا ينص على معياد لرفع الدعوى الدستورية وترك ذلك لترخص المحكمة ، وتلافى ذلك قانون المحكمة الدستورية العليا بأن وضع حدا أقصى لرفع الدعوى الدستورية

وهو ثلاثة أشهر أو ما تحدده محكمة الموضوع بما لا يزيد عن ثلاثة أشهر فإذا رفعت الدعوى الدستورية بعد ذلك فإنها تكون غير مقبولة، دون أن يؤثر ذلك على حق قاضي الموضوع⁽²¹⁾ في إحالة ذات النص المشكوك في دستوريته من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا. وكان قانون المحكمة العليا يستلزم وقف الدعوى الأصلية عند قبول الدفع بعدم الدستورية من محكمة الموضوع، ومن ثم لم يكن من الممكن نظر الدعوى مجددا إلا بعد تقديم طلب بتعجيلها عند توافر شروط التعجيل، فلما جاء قانون المحكمة الدستورية العليا استبدل التأجيل بالوقف ومن ثم لم تعد توجد حاجة لاتخاذ إجراءات تعجيل الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

هذا ووقف الدعوى الموضوعية في ظل نص البند (١) من المادة (٤٠) من قانون المحكمة العليا أو تأجيلها في ظل نص البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يعتبر شرطا لقبول الدعوى الدستورية وإنما هو نتيجة لتقدير جدية الدفع. والدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالفها واقع وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم الدستور ومن ثم يجوز أن يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض⁽²²⁾ حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا أنها "تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه، بمقولة أن رقابتها منحصرة في مسائل القانون وحدها سواء أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروض عليها، ولو كانت معينة في ذاتها لمخالفتها للدستور، وهو ما يؤول إلى إنزالها لهذه النصوص دوما على الواقعة التي حصلها الحكم المطعون فيه أيا كان وجه تعارضها مع الدستور، ويخل بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها وأن تكون لأحكام الدستور الصادرة على ما دونها في المرتبة، ولزم ذلك أن طبيعة الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجلالها لبصرها في هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالا بها، ذلك أن تقريرها ما إذا كان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته يعد لازما أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص وحكم في الدستور، يعد - من وجهة مبدئية - مفتقرا إلى ما يظاهرة أو مرتكنا إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون الذي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه⁽²³⁾.

وإذا قررت محكمة الموضوع من تلقاء نفسها التصريح للمدعي برفع الدعوى الدستورية دون أن يكون ثمة دفع في هذا الخصوص من جانبه فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالحكمة الدستورية العليا اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني

ميعاد رفع الدعوى الدستورية

الفرع الأول

كيفية تنظيم الميعاد

المواعيد هي الآجال التي حددها القانون لمباشرة الدعوى ويقصد بها ألا تظل الأوضاع والمراكز

القانونية غير مستقرة حتى لا تتأيد المنازعات، وقد تكون المواعيد ناقصة وهي تلك التي يجب أن يتخذ الإجراء خلالها والتي تنتهي بانتهااء اليوم الأخير منها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون مجلس البولة من أن «ميعاد رفع الدعوى فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإداري الطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به». وقد تكون المواعيد كاملة وهي التي يتعين أن تنقضى كاملة قبل اتخاذ الإجراء مثل الميعاد المنصوص عليه في المادة (٦٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمتعلق بميعاد الحضور، إذ تنص تلك المادة على أن ذلك الميعاد هو خمسة عشر يوما أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محكمة المواد الجزئية .

أما ميعاد رفع الدعوى الدستورية فهو لا يثار إلا في حالة الدفع بعدم الدستورية ولا يجوز أن يزيد هذا الميعاد بحال عن ثلاثة أشهر وهو من المواعيد الناقصة .

وإذا حددت المحكمة ميعادا يزيد عن ثلاثة أشهر أو لم تحدد ميعادا فيتعين على صاحب الشأن أن يقيم الدعوى خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر و إلا قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى باعتبار ذلك الميعاد مقرر للمصلحة العامة ولتعزيز الكيد والماطلة عن طريق الدفع بعدم الدستورية⁽²⁵⁾.

وإذا قررت محكمة الموضوع ميعادا يقل عن الثلاثة أشهر فإنه يجب الالتزام بهذا الميعاد ولا يجوز مد هذا الميعاد فيما يجاوز الثلاثة أشهر بل إنه حتى في إطار تلك المدة تتشدد المحكمة الدستورية العليا، حيث قضت بأنه لا يجوز لتلك المحكمة أن تمنح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة تتجاوز بها حدود الميعاد الذي ضربه ابتداء لرفع الدعوى الدستورية - ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول فإذا كان قد صدر عنها بعد فواته غدا ميعادا جديدا منقطع الصلة به ومجردا قانونا من كل أثر ، ولا يجوز التعويل عليه بالتالي ، بما مؤداه أن معيار الاعتداد بالمهلة الجديدة أو إطراحها هو اتصالها بالمدة الأصلية أو انفصالها عنها ، فكلما تقررت المهلة الجديدة قبل انقضاء المدة الأصلية فإنها تتداخل معها وتصبح جزءا منها وامتدادا لها وعلى تقبيل ذلك أن يتم تجديد هذه المهلة بعد انتهاء المدة الأصلية إذ تغفر حينئذ منبئة الصلة بها غير مندمجة فيها أو واقعة في نطاقها⁽²⁶⁾.

ونرى في ذلك نوعا من التشدد غير اللازم إذ طالما أن محكمة الموضوع قبلت منح مهلة جديدة واقعة في إطار الثلاثة أشهر التي من سلطتها فإنه كان ينبغي التيسير وعدم التمسك بحرفية النص الذي ورد بالمادة (27) ٢٩/ب من قانون المحكمة والذي نص على أنه «... فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كائن لم يكن»، إذ كان يمكن للمحكمة التيسير قليلا في هذا الشأن وتفسير النص من حيث غايته وهو منع التسويف والماطلة بحيث تفسر كلمة الميعاد بمدة الثلاثة أشهر كلها وسواء كان المد متصلا أو منفصلا ، خاصة وأن الجزء جسيم وهو عدم قبول الدفع بعدم الدستورية من نفس المدعى في ذات الدعوى ثانية حتى ولو انتقلت الدعوى لمحكمة أخرى للاختصاص وأول درجة أعلى، لذا فنحن نطالب المحكمة بمرونة أكبر في هذا الشأن.

الفرع الثاني

مد الميعاد ووقفه وقطعه

أولاً : مد الميعاد

يسرى على ميعاد رفع الدعوى الدستورية أحكام المد المنصوص عليها بقانون المرافعات والتي تكون في حالتين :

أولها : إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية فهنا يمتد الميعاد إلى أول يوم عمل .

ثانيها المسافة : - إذ يجب مد المواعيد وفقاً لما تنص عليه المادة (١٦) من قانون المرافعات بأن يزيد يوم عن كل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور عن ثلاثين كيلومتراً يزداد له يوم على الميعاد بما لا يجاوز أربعة أيام، ومن يقع موطنه في مناطق الحدود فإن ميعاد المسافة بالنسبة إليه يكون خمسة عشر يوماً ، وهذا الميعاد موحّد بالنسبة للمناطق الحدودية حتى ولو كان بعضها أقرب من بعض .

وقد ذهبت محكمة النقض⁽²⁸⁾ إلى أنه إذا كان ميعاد المسافة زيادة على أصل الميعاد فإنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه واحداً متواصل الأيام ، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان الميعاد الأصلي لرفع الدعوى ثلاثة أشهر وأضيف إليه ميعاد مسافة أربعة أيام فإنه إذا تصادف وجود يوم جمعة في آخر يوم في الثلاثة أشهر فلا يعتد بها حيث إن هذه الإجازة الرسمية تكون واقعة حينئذ خلال الميعاد، أما إذا تصادف يوم الجمعة في آخر يوم في الميعادين معا (الأصلي + المسافة) أي في اليوم الرابع بعد الثلاثة أشهر فإنه حينئذ فقط يمتد الميعاد لأول يوم عمل بعدها⁽²⁹⁾.

ثانياً : وقف وقطع الميعاد

يوقف ميعاد رفع الدعوى الدستورية إذا وجد المدعى في حالة يستحيل معه عليها رفع دعواه الدستورية وذلك كحالة الجنون ، إذ تعد من الأعذار التي ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة وقد يتحقق الوقف قبل سريان الميعاد فلا يسرى الميعاد بالمرّة حينئذ، وقد يحدث بعد سريانه فهنا يتوقف الميعاد ويعود للسريان بعد زوال الإيقاف لاستكمال المدة الناقصة .

أما انقطاع الميعاد فإنه يؤدي إلى إسقاط المدة السابقة منه وعدم الاعتداد بها ، وتطبيقاً لنص المادة (٥٤) (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا ينقطع الميعاد بتقديم طلب للإعفاء من الرسم القضائي والكفالة المقررين، ويظل الميعاد مقطوعاً حتى يصدر رئيس هيئة المفوضين قراراً فيه بالقبول أو الرفض ، وحينئذ يبدأ سريان ميعاد رفع الدعوى .

المبحث الثاني

طريقة الإحالة

وتكون بالتطبيق لنص المادة ٢٩/أ والذي يقرر أنه " إذا تراعى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم

الفصل فى النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة أو الهيئة العليا للفصل فى المسألة الدستورية".

ونظرا لأن النص أورد لفظ محاكم مطلقا فيمكن أن تكون الإحالة التلقائية سالفة الذكر من أية محكمة مهما كانت درجتها بالسلم القضائى ، فبالنسبة للقضاء العادى يمكن أن تكون الإحالة من محكمة النقض أو الاستئناف أو المحكمة الأدنى من ذلك.

وبالنسبة لمجلس الدولة يمكن أن تكون الإحالة من المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإدارى أو ما هو أدنى من ذلك (31).

ويمكن أن تكون الإحالة من أية هيئة قضائية ذات اختصاص قضائى ولا يجوز أن تكون الإحالة من غير ذلك كالجانب الإدارى ذات الاختصاص القضائى "على نحو ما سنشرحه بالمبحث المقبل".

هذا ولا تنقيد المحكمة الأعلى بموقف المحكمة الأدنى.

والإحالة السالفة ليست هى الإحالة المنصوص عليها بالمادة ١١٠ من قانون المرافعات والتي تنص على أنه إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى محليا أو نوعيا أو ولائيا فإنها تقضى بعدم اختصاصها وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة.

وإذا قضت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة (٢٩) رغم أن المادة (٢٨) تنص على أن قرارات الإحالة تسرى عليها الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ إن ذلك لا يكون وفق نص تلك المادة إلا بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.

ولا اختلاف فى وجود أوضاع خاصة بالمحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى بها نصت عليهما المادتان ٢٩، ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا والذي هو قانون خاص يسرى فى هذا الشأن ولا يسرى القانون العام « قانون المرافعات » إلا فيما يجاوز التعارض (32)، (33) بينه وبين القانون الخاص.

ونرى أن صدر المادة (٢٨) يؤكد هذا المعنى إذ حرص على أن يؤكد على أنه « فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل يسرى على قرارات الإحالة .. ».

ويتحقق طريقة الإحالة بصورة مثلى الهدف من تقرير الرقابة الدستورية والمتمثل فى التطبيق الصحيح لنصوص الدستور وإقرار المشروعية الدستورية بصرف النظر عن مصالح الخصوم الذين قد لا يجديهم تقرير عدم الدستورية فى بعض الحالات أو لم يفتنوا للحوار الدستورى.

ولابد للإحالة أن يكون النص القانونى أو اللائحى لازماً للفصل فى النزاع المطروح على المحكمة أو الهيئة المحلية.

وهناك من يرى (34) أن تقدير ما سلف هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من المحكمة الدستورية العليا طالما أنها ستوقف الدعوى ، والحقيقة أننا نرى غير ذلك إذ التعقيب قادم

لا محالة عندما تنظر المحكمة الدستورية في شروط قبول الدعوى (كما سبق لنا ذكره) ولكن الذي لا يجوز له التعقيب حقيقة هو المحكمة الأعلى في السلم القضائي.

وتتميز طريقة الإحالة عن طريقة الدفع بأنها لا تحمل الخصم مشقة الدعوى الدستورية وتكاليفها وميعادها القصير نسبيا والذي بغواته يسقط الحق في إقامتها.

المبحث الثالث

الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي تتساوى مع المحاكم في الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى الدستورية

تمهيد :

إن فكرة الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي تملك ما للمحاكم من مكثات بالنسبة لدستورية القوانين واللوائح تحتاج إلى كثير من التوضيح ، لذا رأينا أن نتعرض لها في هذا المبحث بصورة مسهبة على النحو التالي :

المطلب الأول

أمثلة للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي

هناك هيئات قضائية عديدة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

١- اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي :

وهي لجنة تصدر قرارات قضائية⁽³⁵⁾ وليست إدارية وهذه اللجنة تم النص على اختصاصاتها بالمادة (١٣) مكررا من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمادة (٩) من قانون حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها والمادة (٢١) من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

وكان قد صدر عدة أحكام تقرر الصفة القضائية للجنة الإصلاح الزراعي فقرر حكم محكمة النقض⁽³⁶⁾ أنه « إذا خص المشرع اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل بين سواها في منازعات معينة مما يدخل في اختصاص المحاكم العادية فإن ذلك يعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفي إذ تعتبر هذه الجهة القضائية المستحدثة جهة قضائية مستقلة بالنسبة لما خصها المشرع بنظرة من تلك المنازعات».

وقضت المحكمة الدستورية العليا⁽³⁷⁾ بأن مؤدى ما نصت عليه المادتان ١٣ مكررا من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي و٢٧ من لائحته التنفيذية وما جاء بالملذكرات الإيضاحية للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٢ والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢، أن اللجنة القضائية

الإصلاح الزراعى هى جهة قضائية مستقلة عن جهتى القضاء العادى والإدارى، أنشأها المشرع وخصها بالفصل بون سواها فى المنازعات المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعى ثم عهد إليها بعد ذلك بالفصل فيما ينشأ من منازعات من تطبيق أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٢ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها، وذلك باتتباع إجراءات قضائية لها كافة سمات إجراءات التقاضى وضماناته وتؤدى إلى سرعة البت فى هذه المنازعات حتى يحسم أمرها ويتحقق بذلك ما تفيده المشرع من إصدار هذه التشريعات، وبالتالي فإن القرارات التى تصدرها هذه اللجنة تعتبر بحسب طبيعتها أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية .

ويعتبر قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والذى يعتمد قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى متداخل فى عمل اللجنة ، ومن ثم يعتبر قرارا قضائيا ويحوز قوة الأمر المقضى .

٢- هيئات التحكيم الخاصة بالقطاع العام المنصوص عليها فى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢

لما اتسع نطاق شركات القطاع العام إثر إجراءات التأميم التى تمت فى سنة ١٩٦١ وما بعدها، رأى المشرع أن ينشئ "هيئات" لنظر بعض المنازعات الخاصة بها، والقانون الذى كان ينظم هذه الهيئات هو قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦ لسنة ١٩٧١، وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢ الخاص بهيئات القطاع العام وشركاته الذى عالج فى الباب السابع منه (المواد من ٥٦ حتى ٦٩) أمر هيئات التحكيم المذكورة بإحداث تغيير جزئى فى شأن هذه الهيئات.

وهذه الهيئات ليست هيئات إدارية بحال بل هى هيئات قضائية أى بمثابة محاكم تصدر أحكاما ، وذلك يظهر جليا من تتبع نصوص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ الملغى ومن بعده القانون الحالى رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢ وعلى الأخص المواد من ٦٣ إلى ٦٨ من القانون الأخير، إذ ترسم تلك المواد إجراءات يشعر المرء معها بأن المشرع قصد أن يجعلها بمثابة محاكم لا بمثابة هيئات إدارية.

٣- قرارات لجنة النقابة الفرعية للمحامين :

تنص المادة (٨٤) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة (١٩٨٢) على أن «للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه - فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها - أن يقدم إلى النقابة الفرعية التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل للحضور أمامها لإبداء وجهة نظره.

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثلى النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور القوتية المختص وبغير رسوم.

وقد سبق أن نعتت محكمة النقض⁽³⁸⁾ فى ظل القانون السابق للمحاماة بأن تلك اللجنة من

الهيئات ذات الاختصاص القضائي رغم خلو القانون صراحة من النص على ذلك.

٤- لجان الضباط بالقوات المسلحة :

تعتبر هيئات ذات اختصاص قضائي إذ نصت المادة الأولى من القانون ٩٦ لسنة ١٩٧١ على أن " تختص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية بون غيرها بالنظر في المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية التي تصدرها لجان الضباط بالقوات المسلحة. وتنشأ بكل فرع من أفرع القوات المسلحة لجنة قضائية تختص بون غيرها بالفصل في باقي المنازعات الإدارية الخاصة بضباط القوات المسلحة ويصدر بتنظيمها وتحديد اختصاصها قرار من رئيس الجمهورية".

ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٥ بتنظيم وتحديد اختصاصات اللجان القضائية لضباط القوات المسلحة على أن :

ينشأ بالقوات المسلحة اللجان القضائية لضباط القوات المسلحة الآتية:

أ- اللجنة القضائية لضباط القوات البرية

ب - اللجنة القضائية لضباط القوات البحرية

ج - اللجنة القضائية لضباط حرس الحدود

وقد سبق للمحكمة العليا " الدستورية " أن قضت بأن المصلحة العامة وطبيعة الأوضاع في القوات المسلحة تستلزم وضع المنازعات الإدارية الخاصة بأفراد هذه القوات في يد أسرتهم العسكرية باعتبارها القاضى الطبيعي لتلك المنازعات بالنظر إلى الصلة الوثيقة بين أداء الضابط لمهام وظيفته العسكرية وبين ما يصدر في شأنه من قرارات إدارية بدءا بقرار إلحاقه بالخدمة العسكرية ونهاية بقرار إنهاء تلك الخدمة ، واستجابة لذلك واستنادا إلى التفويض المخول للمشرع بالمادة (١٨٣) من الدستور التي تنص على أن (ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته في حدود المبادئ الواردة في الدستور) أنشأت المشرع لجنة ضباط القوات المسلحة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧١ المنعقدة بصفة هيئة قضائية للفصل في المنازعات بعد أن ضم إلى أعضائها مدير القضاء العسكرى ، وكفل للضباط حق الدفاع أمامها بإجراءات قضائية توفر الحماية اللازمة لحقوقهم ، وزودها بضمانات تكفل سلامة القرارات الصادرة منها في تلك المنازعة، فقد نصت المادة الثانية من هذا القرار بقانون على أن ينضم إلى عضوية تلك اللجنة - عند انعقادها بهيئة قضاء إدارى مدير القضاء العسكرى، ونصت الفقرة الأولى من المادة السادسة منه على وجوب إعلان الضابط المتظلم بتاريخ انعقاد اللجنة ومكانها قبل انعقادها بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوما لإبداء دفاعه ، وأجازت الفقرة الثانية من ذات المادة منح الضابط المتظلم أجلا لتقديم دفاعه كتابة، وأوجبت المادتان الثامنة والتاسعة إصدار قرارات تلك اللجنة مسببة من واقع التقارير المودعة وما تجرته من تحقيقات وبعد المداولة سرا، سواء صدر قرارها بتأييد القرار المطعون فيه أو بإلغائه أو بتخفيضه أو باستبداله أو بإيقاف تنفيذه على أن تصدر تلك القرارات بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، ومن حيث إنه لامراء أن هذا التنظيم ينشئ عن حرص المشرع على أن يخلع الصفة القضائية على تلك اللجنة ويكفل في التقاضى أمامها الضمانات القضائية الواجبة ، ولم يغف هذا المفهوم عن الهيئة التشريعية عند مناقشة ذلك التشريع على ما يبين من الاطلاع على مضبطين الجلسة الثالثة عشر لور الانعقاد

العادي الأول المعقود في يوم الاثنين ٧ من فبراير سنة ١٩٧٢ والجلسة الرابعة والثلاثين لهذا الدور المعقودة يوم الأحد ٢٨ من مايو سنة ١٩٧٢ وما أثير فيها من مناقشات بشأن دستورية هذا القرار بقانون انتهت إلى إقراره بالإجماع ، ومتى تقررت لتلك اللجنة الصفة القضائية فليس ثمة ما يمنع من النص على حظر الطعن فيما تصدره في المنازعات الإدارية المتعلقة بالضباط من قرارات قضائية إذ يعتبر التقاضي لدى تلك اللجنة حينئذ من درجة واحدة⁽³⁹⁾.

٥- مجلس تأديب القضاة وأعضاء مجلس الدولة :

يعتبر مجلس تأديب القضاة هيئة ذات اختصاص قضائي إذ مؤدى نصوص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أن الأحكام التي يصدرها مجلس تأديب القضاة نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن ومن ثم يخرج التعقيب عليها من دائرة اختصاص جهة القضاء الإداري، إذ ناط القانون ذلك بمجلس تأديب يشكل وفقا لحكم المادة (٩٨) من ذلك القانون وأضفى على قرارات هذا المجلس وصف الأحكام، ونصت المادة (١٠٧) منه على عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة من مجلس التأديب بأي طريق ومؤدى ذلك أن تلك الأحكام يخرج التعقيب عليها من دائرة اختصاص جهة القضاء الإداري⁽⁴⁰⁾.

وقضى بأن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يشكل من سبعة من أقدم أعضائه ويفصل في خصومة موضوعها الدعوى التأديبية وذلك بإعلان العضو بموضوع الدعوى والأدلة المؤيدة لها وتكليفه بالحضور أمامه وتمكينه من إبداء دفاعه وتحقيقه، ثم يحسم الأمر فيها بحكم مسبب تنلى أسبابه بعد النطق به، وهي جميعها إجراءات قضائية توفر لمن يمثل أمامه من أعضاء مجلس الدولة كل سبل الدفاع عن حقوقهم وتكفل لهم جميع ضمانات التقاضي، وبالتالي فإن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يعتبر هيئة قضائية عهد إليها المشرع باختصاص قضائي محدد ويكون ما يصدر عنه في هذا الشأن أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية⁽⁴¹⁾.

وتعتبر أيضا هيئة ذات اختصاص قضائي لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة وكذا مجلس تأديب أعضاء السلكتين الدبلوماسية والقنصلية.

٦- اللجنتان الابتدائية والاستئنافية المنشأتان طبقا لأحكام القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بفحص طلبات القسم :

قضت المحكمة الدستورية العليا بأن « البين من أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ ومذكرته الإيضاحية ، أن الأعيان التي كان مصرفها على غير جهات البر ، والتي اعتبر وقفها منتهيا بصور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، كان ينبغي توزيعها على المستحقين ، كل بقدر نصيبه ، باعتبار أنهم أصبحوا مالكين لهذه الأصبية ، إلا أن معظم هذه الأعيان لم تصل إلى أيدي مستحقها بسبب شيوخ أنصبتهم ، وما يقيمه بعض الحراس ، بل وبعض المستحقين ، من العوائق التي تحول دون إجراء القسم . ولواجهة ذلك، صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ بقسمة الأعيان التي اعتبر وقفها منتهيا مستهدفا تقرير قواعد ميسرة تكلل إيصال الحقوق إلى المستحقين ، وتجنبهم المنازعات والخصومات التي تنفر عن إجراءات التقاضي المعتادة والتي قد تعرض حقوقهم للضياع . إلا أن تطبيق هذا القانون أسفر عن تعقد إجراءاته ويطؤها بالنظر إلى تعدد لجانه وتعدد إجراءاتها ومواعيدها .

ومن ثم فقد صدر القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ متوخيا تعديل أحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه بما يكفل سرعة إنجاز عملية القسمة أو البيع -عند تعذر إجرائها - وبمراعاة أن تكون إجراءاتها مبسطة ، وبما يضمن حقوق المتقاسمين - وغيرهم على السواء ، وفى هذا الإطار ، حدد القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ كيفية إجراء القسمة فى الأعيان التى اعتبر وقفها منتهيا ، فاستعاض عن القواعد الإجرائية المعقدة بلجنتين ، تختص إحداهما بفحص طلبات القسمة وتحقيق جديتها وإجرائها ، وكذلك بيع الأعيان التى تتعذر قسمتها ، وتختص أخرىها بالفصل فى الاعتراضات على الأحكام التى تصدرها اللجنة الأولى ، سواء كان الاعتراض مبناه المنازعة فى الاستحقاق أو تقويم الأعيان أو غير ذلك . وقد قيد المشرع هاتين اللجنتين بقواعد قانونية ألزمها باتباعها ، بعضها من طبيعة إجرائية هى تلك المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ومنها ما هو من طبيعة موضوعية تمثلها الأحكام التى تضمنها القانون المدنى فى شأن القسمة ، وكذلك ما تضمنه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ من أحكام متعلقة بالوقف .

وتفصل هذه اللجان التى يقبل العنصر القضائى على تشكيلها فيما يعرض عليها مما يدخل فى اختصاصها بعد إعلان أصحاب الشأن ببدء إجراءاتها ، وبما يكفل حقوق المتقاسمين والأغيار على السواء وفى إطار من الضمانات الرئيسية للتقاضى التى تنهى معها لكل من كان طرفا فى إجراءات القسمة الفرص الكاملة لإبداء أقواله ومواجهة خصمه وتحقيق دفاعه ، بما مؤداه أن المشرع أقام هيتين نواتى اختصاص قضائى تعلو إحداهما أناهما ، وتتقيد كلاهما بقواعد إجرائية وموضوعية لا تريم عنها ، وتتوافر فى تشكيلها الحييدة التى تكفل غيريتها فى مواجهة المتنازعين^(٤٢).

المطلب الثانى

أمثلة للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى .

اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى ليس لها ما الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى من إمكانيات قبول الدفع وإحالة سالفتى الذكر .

والأمثلة عليها متعددة نذكر منها اللجنة التى أنشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والمنصوص عليها فى المادة (١٣) من هذا القانون للفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزاع الملكية للمنفعة العامة ، وهى رغم أن تشكيلها يجعلها هيئة إدارية إلا أن المشرع حولها اختصاصا قضائيا معينا حين حولها الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصلحة القائمة بنزع الملكية ونزوى الشأن على التعويضات .

وكذا نذكر أيضا لجان تقدير التعويض عن الأشياء المستولى عليها بمعرفة وزير التموين عملا بالفقرة (هـ) من المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين والمنصوص عليها فى المادة (٤٧) من القانون المذكور .

وكذا اللجنة المنصوص عليها فى المادة (١٦) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة

الحقوق السياسية في شأن القيد بجدول الانتخاب أو الحذف منها أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيد في تلك الجداول .

هذا ويعتبر المجلس الأعلى للهيئات القضائية بحكم تشكيله كهيئة عليا لتشرف إشرافا إداريا على الهيئات القضائية يمارس وظيفة إدارية وقراراته تعتبر قرارات إدارية لا قضائية (43).

المطلب الثالث

ثالثا معيار التمييز بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي (44) وهوائده .

الفرع الأول

معيار التمييز

الحق أنه كثيرا ما تصعب التفرقة بين الفئتين السالفتين، وذهب فريق إلى أن العبرة بالمعيار الموضوعي فالقرار يكون قضائيا كلما حسم خصومة بين طرفين حول مسألة قانونية وبالتالي يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ، وأبلغ آية تدل على فساد هذا المعيار هو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة في فقرتها الثامنة من أن « تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :-

ثامنا: الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات قضائية لها اختصاص قضائي» فهذه المادة اعتبرت أن تلك القرارات إدارية رغم أنها تفصل في خصومه.

ويذهب فريق آخر إلى الاعتداد بالمعيار الشكلي بالاعتداد بالهيئة التي أصدرت القرار فإن كانت تابعة للسلطة القضائية فالقرار قضائي وإن لم تكن فالقرار إداري .

وهذا المعيار لا يصلح أيضا لاختلاط تشكيل الهيئات في كثير من الأحيان وإذ ذلك فمن الأفضل الدمج بين المعيارين معا .

ويذهب المستشار ، محمد نصر الدين كامل - ونحن معه - إلى أنه يتعين الرجوع إلى نصوص القانون المنظم للهيئة مصدرة القرار والمبين لولايتها واختصاصها لتحسس رغبة الشارع من مجموع هذه النصوص ومن روح التشريع، لتبين ما إذا كان يقصد إنشاء هيئة قضائية تصدر قرارات قضائية أم يرمي إلى خلق هيئة إدارية تصدر قرارات إدارية ، ومن القرائن التي تعاون في التعرف على أن الهيئة قضائية وليست إدارية تشكيل تلك الهيئة من عناصر قضائية وكذا الإشارة إلى انعدام علاقة التبعية الرأبسية بينها وبين هيئات أخرى تفرض عليها الحكم على وجه معين ، وإخضاعها ل ضمانات وشكليات مقررة لصالح المتقاضين مما يتبع عادة أمام المحاكم ، كاشتراط علنية الجلسة ، وإعلان طرفي الخصومة للمثول أمام الهيئة ، وتمكينهم من توكيل محامين وتسبب القرارات التي تصدر منها ، وإلزامها بالبث في النزاع مادام قد رفع إليها، وتخويلها سلطة التحقيق وسماع الشهود

بعد حلف اليمين وتغريمهم عند تخلفهم، ونذب الخبراء ، والانتقال لإجراء المعايينة ، وتنظيم طريق الطعن في قراراتها أو الإشارة إلى أن قراراتها تصدر نهائية .

وهذه كلها قرائن تقوم على المعيار الشكلي .

ومن القرائن التي تقوم على المعيار الموضوعي نص المشرع على أن تفصل الهيئة في خصومات بين طرفين محددة حقوق المتنازعين ، وأن قرارها كاشف للحق وليس منشأ له .

هذا ويجب إعمال الفكر في هذه القرائن مجتمعة واستلهاهم نصوص القانون وروحه للتوصل للتكييف القانوني الصحيح ، ويحدث أن يورد المشرع العديد من هذه القرائن سالفة الذكر ومع ذلك يبين من روح التشريع ومجمل نصوصه أنه قصد لإنشاء هيئة إدارية . فمثلا قد يشترط في الهيئة الإدارية علانية جلساتها (كما في المزايدات مثلا) أو وجوب تسبب قراراتها أو تشكيلها من عناصر قضائية (45).

وعلى العكس قد يتبين من مجموع النصوص أن المشرع قصد إنشاء هيئة قضائية لا إدارية بالرغم من نصه على أمور مما ترد عادة بصدد الهيئات الإدارية، كأن ينشئ محكمة ويدخل في تشكيلها عناصر غير قضائية (46) أو يجعل الهيئة التي تنتظر الطعن في قراراتها أو التصديق عليها هي الوزير (47) .

هذا ورغم كل هذه المعايير إلا أنه لا زال الاختلاف ممكنا حول هيئة ما مثل لجنة الطعون المنصوص عليها في قانون فرض مقابل تحسين العقارات التي يطرق عليها التحسين، حيث ذهبت محكمة النقض والإدارية العليا إلى اعتبارها جهة إدارية ذات اختصاص قضائي .

بينما ذهبت المحكمة العليا «الدستورية» إلى اعتبارها هيئة قضائية ذات اختصاص قضائي وتبعتها في ذلك المحكمة الدستورية العليا (48).

هذا وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا أن تحدد في حكم حديث لها معيار التمييز بين الأعمال القضائية وغيرها (49) .

وأكدت المحكمة في أكثر من حكم لها بأن الهيئة ذات الاختصاص القضائي في مفهوم المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية هي كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل في خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية التي يحددها القانون (50).

الفرع الثاني

فوائد التمييز

سوف نذكر مجموعة من الفوائد المترتبة على التمييز أولها يهمننا في مجال تحريك الرقابة الدستورية وباقيها مفيد لتفهم بعض الأمور الدستورية واختصاصات المحكمة الدستورية وذلك على النحو التالي : -

١ - إن الهيئة القضائية يمكن الدفع أمامها بعدم الدستورية كما يجوز لها إحالة النص التشريعي المشكوك في دستوريته للمحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها وهو ما لا يجوز للجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي .

٢ - يستطيع المشرع أن يجعل حكم الهيئة ذات الاختصاص القضائي نهائيا غير قابل للطعن عليه طالما عهد إليها بالفصل في عناصر النزاع جميعا - الواقعية منها والقانونية -⁽⁵¹⁾ ذلك أن قصر التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة هو مما يستقل المشرع بتقديره ولا مخالفة دستورية فيه. وإذا سكت المشرع عن تنظيم الطعن على قرار الهيئة القضائية عد نهائيا.

٣ - وعلى نقيض ما ذكر في ثانيا فإن اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي لا يجوز أن يحصن المشرع قرارها من الطعن عليه وإلا اعتبر ذلك غير دستوري، وإذا سكت المشرع عن تنظيم الطعن كان الأمر حينئذ من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضائية إداري تطبيقا لنص المادة (١٠ / ٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ولا يجوز أن ينعقد الاختصاص بنظر الطعن لغير مجلس الدولة ما لم ير المشرع بنص خاص ذلك .

٤ - الجهات⁽⁵²⁾ أو الهيئات التي تتنازع الاختصاص فيما بينها - إيجابيا كان هذا التنازع أم سلبيا - هي التي منحها المشرع ولاية القضاء في نزاع معين ، وتتوافر لقراراتها القضائية في شأن هذا النزاع خصائص الأحكام ومقوماتها، وينطبق ذات الحكم بالنسبة للتنازع في تنفيذ الأحكام.

المبحث الرابع

طريقة التصدي

المطلب الأول

ضوابط التصدي

تمهيد:

نصت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه « يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية».

ومفاد ذلك أن المشرع لم يكتف لتحريك دعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بطريقتي الدفع والإحالة ولكن أضاف إليهما طريقة ثالثة هي طريقة التصدي، وهذا اتجاه محمود من المشرع بحسبان أن المحكمة الدستورية العليا تعتبر المحكمة ذات الولاية العامة والوحيدة في مجال دستورية القوانين واللوائح ومن ثم يتعين أن يسلم لها بحق القضاء بعدم دستورية أى نص يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، فضلا عن أنه من غير المستساغ أن يخول المشرع جميع المحاكم حق الإحالة بينما يحرم المحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة من استعمال رخصة

التصدي، وبذلك يكون التصدي مكملًا للدفع الفرعي ولحق الإحالة باعتبار أن هذه الصور حلقات ثلاث تتعاون جميعا في توكيد الشرعية الدستورية .

ومعنى التصدي هو أن المحكمة الدستورية لها إذا رأت حال مباشرتها لأي من اختصاصاتها المعروفة عدا التفسير (الدستورية، تنازع الاختصاص، تنازع التنفيذ)، أن نصا تشريعيًا في قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المعروف عليها قد خالف الدستور. أن تحيل هذه المسألة إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى وإعداد تقرير فيها، ثم تأخذ المسألة الدستورية مراحلها بعد ذلك بمعنى أن تعرض الأوراق على رئيس المحكمة الدستورية لتحديد جلسة ليتم الفصل في الدعوى الدستورية بعد ذلك (53).

والحقيقة أن استخدام المحكمة لرخصة التصدي لا يعنى القطع بأن النص الذى تصدى له غير دستوري إذ إن الأمر حينئذ لا يدعو أن يكون وجهة نظر مبدئية لا يعتد بها عند الفصل النهائي فى دستورية النص.

وتتميز فكرة التصدي بالضوابط الآتية :

١- إنه إضافة لحق المحكمة فى التصدي من تلقاء نفسها فإنه من حق الأفراد تنبيه المحكمة الدستورية لاستخدامه ، وليس كل الأفراد يحق لهم ذلك وإنما يقتصر الأمر فقط على أصحاب الصفة فى النزاع المطروح على المحكمة، ويمكن أن يكون ذلك فى صورة طلب يقدم للمحكمة كما يمكن أن يكون من ضمن المذكرات التى تقدم للمحكمة ، ويتصور أن يتم ذلك حالة ما إذا كانت المحكمة تمارس أيا من اختصاصاتها عدا التفسير إذ لا علاقة للأفراد بهذا الاختصاص.

وإن كان هذا لا ينفي حسبما يرى أحد الفقهاء (54) إمكان تصدى المحكمة من تلقاء نفسها لفحص دستورية النص المعروف أمر تفسيره، ونرى أن التفسير لا يمثل منازعة حقيقية وإنما هو مجرد طلب يقدم من وزارة العدل طبقا للمادة (٢٣) من قانون المحكمة ومن ثم فليس هناك نزاع يتيح التصدي وهو الأمر الذى أكدت مضمونه محكمتنا الدستورية فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١١ ق "تفسير" جلسة ٢١/١٠/١٩٩٥ والدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق «دستورية» جلسة ١٧/٥/١٩٩٧.

٢- يرى د / رمزي الشاعر (55) أن المشرع إذا استخدم لإعطاء الحق فى التصدي للمحكمة الدستورية عبارة "مناسبة ممارسة اختصاصها" فإن ذلك يعتبر رغبة من المشرع فى التوسع فى حالات التصدي إذ لو أراد المشرع التضييق لكان يجب عليه حينئذ استعمال اصطلاح "أثناء" بدلا من اصطلاح "مناسبة" ، وعلى هذا فإن النظر فى مدى قبول الدعوى أو عدم قبولها أو البحث فى مدى توافر أى شرط من شروط الدعوى يعتبر « مناسبة » لاستخدام المحكمة الدستورية العليا لحقها فى التصدي.

وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا هذه الوجهة من النظر عند ما قضت بأنه « يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية، ذلك أن إعمال هذا الرخصة المقررة للمحكمة طبقا للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذى يرد عليه التصدي متصلا بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال فى الدعوى الراهنة التى انتهت المحكمة من قبل إلى انتهاء الخصومة فيها فمن ثم لا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ استعمالها(56) » .

كما انتهت المحكمة في حكم آخر إلى أنه " لا محل لما طلبة المدعيان من إعمال المحكمة لرخصة التصدي لعدم دستورية القرار بقانون المطعون عليه طبقاً لما تقتضيه المادة (٢٧) من قانونها والتي تنص على أنه " ... ذلك أن إعمال هذه الرخصة المقررة للمحكمة طبقاً للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلًا بنزاع مطروح عليها فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال في الدعوى الراهنة التي انتهت المحكمة من قبل إلى عدم قبولها - فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها(57) ».

ويلاحظ أن كلمة من قبل التي وردت بالحكمين السالفين لم يقصد بها الزمن الماضي ولكن ذات الحكم.

٤- في البداية كانت المحكمة الدستورية العليا ترى أن استعمالها لحق التصدي يكفي فيه أن تقوم مجرد صلة بين النص المعروض عليها والنص الآخر الذي تصدى له، ولم تشترط أن يكون النص الذي يمتد إليه حق التصدي لازماً للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها وذلك توسيعاً للرقابة ولسلطات المحكمة، وقد تحقق هذا الأمر بحكم المحكمة في القضية (58) رقم ١٠ لسنة ١ ق والتي تنلخص في أن أحد أعضاء مجلس الدولة كان قد طعن أمام دائرة شئون الأعضاء بالمحكمة الإدارية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة والتي تحظر الطعن على قرارات النقل والندب، ولما وصلت القضية إلى المحكمة الدستورية العليا رأت أن الفقرة سالفة الإشارة تماثل تماماً الفقرة الأولى من المادة (٨٢) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والتي نصت على أن " تختص بوائر المواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض بون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب "، ومن ثم تصدت المحكمة لهذا النص الأخير وانتهت إلى القضاء بعدم دستورية كلا النصين السالفين تأسيساً على أنهما يحولان بين رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة وبين الطعن على قرارات النقل والندب بما يخالف نص المادة (٦٨) من الدستور والتي تحظر النص في القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء.

ونرى خطأ هذا القضاء إذ النص المتصدى له لم يكن له أى أثر على موضوع النزاع، الأمر الذي يجعل رقابة المحكمة له رقابة تدور في الفراغ خلواً من أى أثر موضوعي، كما أن في ذلك التصدي تعطيلاً للقضاء بدون مبرر، إذ ما ذنب المدعي بالدعوى الدستورية في تعطيل دعواه الدستورية حتى تتصدى المحكمة لنص لا علاقة له به سوى أنه متشابه مع النص المنطبق على النزاع الموضوعي؛ ومن المعروف أن إجراءات التحضير تلخذ وقتاً غير قصير.

والمسألة الدستورية سواء نظر إليها عن طريق الدفع الفرعي أم الإحالة أم التصدي هي في جوهرها، ولكنها مسألة أولية للفصل في نزاع موضوعي ومن ثم فشاؤها شأن المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الموضوعي، فإذا لم يكن استعمال المحكمة لحق التصدي لازماً للفصل في ذات النزاع المعروض عليها فإن ما تنتهي إليه المحكمة من عدم دستورية النص محل التصدي لا يعدو أن يكون في واقع الأمر تقريراً مجرداً لحكم الدستور في هذا الشأن(59).

المطلب الثاني

موقف المحكمة الحديث من حق التصدى

يبدو أن المحكمة أدركت تماما خطأ تصديها الذي تم بالحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ لذا عدلت عن هذا الاتجاه وتبدو مظاهر هذا العدول فيمايلي:

أ - أن المحكمة لم تمارس حق التصدى المقرر لها قانونا منذ حكمها الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ وحتى حكمها الصادر بجلسة ١٥/١/١٩٩٧.

ب - لا اختلاف أنه ما بين الحكمين السابقين كان قد أتيح للمحكمة العديد من الفرص لتتمسك بفكرة التصدى المعيبة إن كانت مصرة عليها إلا أنها أحجمت.

ونذكر مثالا لذلك حكم المحكمة المتعلق بالضريبة على الاستهلاك إذ يقوم على مبادئ تصلح للتطبيق على قانون الضريبة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ والذي أُلغى في مادته الثانية القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الضريبة على الاستهلاك، حيث أجاز نص المادة (٣) منه لرئيس الجمهورية تعديل سعر الضريبة على بعض السلع وتعديل الجدولين رقمي (١) ، (٢) المرافقين للقانون الأمر الذي يمثل تقويضا مفتوحا غير مقيد وإنشاء للضريبة في حدود القانون وليس بالقانون.

و خير ما فعلت المحكمة إذ إضافة للعيوب سالفة الذكر فإن التصدى بالمفهوم القديم يؤدي للاحتكاك ما بين المحكمة والسلطتين التشريعية والتنفيذية الأمر الذي قد يجلب على المحكمة أخطارا هي في غنى عنها، كما أن المفهوم القديم لا يتفق مع فكرة التقييد الذاتي.

ج - أتيح للمحكمة في حكم حديث لها صادر بجلسة (60) ١٦/٤/١٩٩٧ أن تحدد المفهوم الحقيقي لفكرة التصدى وأن تعدل عن المفهوم القديم للتصدي دون أن تشير لهذا العدول صراحة، ولأهمية هذا الحكم في وضع الأسس الحديثة للتصدي فسوف نتناوله تفصيلا.

وتخلص وقائع هذا الحكم في أن المدعى - وهو مخرج سينمائي مقيد بجدول نقابة المهن السينمائية - كان قد أخرج مسرحية «حب في التخشبية» لصالح فرقة ثلاثي أعضاء المسرح دون أن يكون مقيدا بنقابة المهن التمثيلية، وبغير أن يحصل على تصريح منها بذلك فأقام تقييها ضده وبطريق الادعاء المباشر الجنحة رقم ٥٥١٠ لسنة ١٩٩٢ جنح الأزيكية طالبا- فضلا عن التمييز المؤقت - أن توقع عليه أقصى العقوبة المنصوص عليها في المادة ٥ (مكررا) من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إنشاء نقابات واتحاد نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية.

وأمام المحكمة الجنائية دفع المدعى بعدم دستورية المادة (٥) من هذا القانون ، وذلك فيما تضمنته من قصر إخراج الأعمال المسرحية على المخرج المسرحي وقيلت المحكمة دفعه. وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ تنص على بيان بأعضاء كل من نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية.

ونصت المادة (٥) من هذه القانون على أن :

١ - ينشأ في كل نقابة من النقابات سالفة الذكر جدول عام يقيد فيه أسماء الأعضاء العاملين في النقابة.

٢ - ولا يجوز لأحد أن يشتغل بفنون المسرح أو السينما أو الموسيقى على النحو المنصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون ما لم يكن عضوا عاملا بالنقابة.

٣ - ويجوز لمجلس النقابة التصريح بصفة مؤقتة لعمل محدد أو لفترة محددة قابلة للتجديد لغير الأعضاء العاملين وذلك تيسيرا لإظهار المواهب الكبيرة الواعية ولاستمرار الخبرات المتميزة، أو مراعاة لظروف الإنتاج المشترك أو تشجيعا للتبادل بين مصر والبلاد العربية وغيرها أو بسبب النذرة أو عدم وجود نظير من أعضاء النقابة لطالب التصريح. ولا يكسب هذا التصريح الطالب أى حق من الحقوق أو أى ميزة من الميزات المكفولة للأعضاء العاملين في هذا القانون.

٤ - وعلى طالب التصريح « مصريا كان أو أجنبيا » أن يؤدي إلى صندوق الإعانات والمعاشات بالنقابة رسما نسبيا مقداره ٢٠٪ من الأجور والمرتبات التي يحصل عليها نتيجة التصريح المؤقت.

وكانت المادة (٥) مكررا تنص على أن يعاقب بالحبس وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين ، كل من زاول عملا من الأعمال المهنية المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون ولم يكن من المقيدين بجدول النقابة ، أو كان ممنوعا من مزاولة المهنة ما لم يكن حاصلا على تصريح مؤقت للعمل طبقا للمادة (٥) من هذا القانون.

ولما كان الدفع أمام المحكمة الجنائية و الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية يتعلقان بعدم دستورية المادة (٢/٥) من القانون المذكور فقط ، وكانت الدعوى قد تم تحضيرها على أساس من ذلك وأودع فيها تقرير هيئة المفوضين ، فقد رأت المحكمة إعادة الدعوى إلى هيئة المفوضين لاستكمال تحضيرها في شأن مدى دستورية الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة (٥) المطعون عليها ، وكذلك المادة (٥) مكررا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه ، وأوضحت المحكمة بعد ذلك في حكمها سبب هذا التصدى بأن الفصل في دستورية الفقرة الثانية من المادة (٥) - المطعون عليها - وثيق الصلة بفقرتيها الثالثة والرابعة ، وكذلك بالمادة (٥) مكررا من هذا القانون وبغيرها من النصوص التي تضمنها مفصلا بها الشروط التي يتعين توافرها فيمن يزاولون الأعمال التمثيلية أو السينمائية وأحوال الاستثناء منها ، وهكذا فإن أحكام هاتين المادتين متضامتين مع تلك الشروط ، تمثل جميعها منظومة متكاملة يتعين على هذه المحكمة أن تحيل بصورها على ضوء نظرة شاملة تحيط بها ، وتتحدد على ضوءها دستوريته وإلا انفرط عقدنا وانماع مفهومها .

وعن التصدى أوضحت المحكمة في شأنه صراحة أنه « وحيث إن قضاء هذه المحكمة في شأن المادة (٢٧) من قانونها ، التي تخولها الحكم بعدم دستوريته نص في قانون أو لأئحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها ، ويتصل بالنزاع المعروض عليها ، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة ، وما قد يثار عرضا من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية لها .

ومن ثم تكون الخصومة الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلا ، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضا ، مبلورا للخصومة الفرعية التي تدور مع الخصومة الأصلية وجودا وعمدا ، فلا تقبل إلا معها ، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التي لا تعرض لدستورية النصوص القانونية التي تقوم عليها الخصومة الفرعية ، إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية ، وبمناسبتها

وشرط ذلك أن يكون تقرير بطلان هذه النصوص أو صحتها مؤثرا في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية أيا كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤده أن مباشرة هذه المحكمة لخصمتها المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانونها شرطها :

أولا : استيفاء الخصومة الأصلية لشروط قبولها، وثانيا اتصال بعض النصوص القانونية عرضا بها، وثالثا تأثير الفصل في دستوريتهما في محصلتها النهائية. وهكذا نرى أن المحكمة بهذا الحكم القيم وضعت مفهوم التصدي في مقامه الصحيح بوصفه خصومة فرعية تتصل بخصومة أصلية، لا يشترط أن تكون حول دستورية نص تشريعي، ويتأثر الفصل في دستورية الخصومة الفرعية في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية.

ويستفاد من الحكم الآنف مايلي :

١ - إن الخصومة الأصلية إذا كانت خصومة دستورية فيجب ألا يكون مقطوعا بصحة وجهة نظر المدعي الدستوري أو محكمة الإحالة، أي ألا يكون مقطوعا بعدم دستورية النص المطعون عليه أو المحال لأنه إن كان كذلك فلا داع للتصدي الذي يعطل حقيقة الفصل في الخصومة الأصلية، لأنه إن آل فرضا إلى عدم الدستورية فلا توجد فائدة ماستترتب على ذلك في الخصومة الأصلية، وهذا يبين مما انتهت إليه المحكمة في الحكم الآنف إذ إنها رأت - للأسباب التفصيلية الواردة بالحكم - عدم صحة ما ناهى المدعي الدستوري من عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الخامسة المطعون عليها، إلا أنها رأت في ذات الوقت إمكانية تحقيق مصلحة المدعي من وجهة أخرى عن طريق التصدي.

٢ - إن التصدي لا يعنى القطع بأن المحكمة سنتتهى إلى عدم دستورية كافة النصوص المتصدى لها إذ يبين من حكم المحكمة الآنف أنها وإن تصدت من ضمن النصوص المتصدى لها لنص الفقرة الثالثة من المادة (٥) فإنها لم تقض بعدم دستوريتهما، وإنما انتهت فحسب إلى عدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة (٥) وأيضا المادة (٥) مكررا باعتبار أن الرسم النسبي على الأجور والمرتبات نتيجة التصريح المؤقت يمثل عدوانا على حق العمل والانفراد بعائده، وكذا فإن العقوبة الجنائية التي انتظمها القانون وهي عبارة عن الحبس والغرامة أو إحداهما - على إطلاق - دون قيد يتعلق بالحد الأقصى ليهما يمثل عينا باهظا على أعمال الإبداع، إذ إن قيود التنظيم النقابي لا يجوز إنفاذها من خلال جزاء جنائي يقيد الحرية الشخصية اعتسافا.

٣ - قد يرى قائل أن مفاد الحكم السالف أن المحكمة تستطيع أن تتصدى للنصوص التي تحقق المصلحة الحقيقية للخصم في دعواه الموضوعية حتى لو كان النص المطعون عليه أو المحال لا يحققها، وهنا يمكن الرد بما قضت به المحكمة من أن التصدي مشروط بأن تكون الخصومة الأصلية الدستورية مقبولة وهو الأمر الذي ينتفى حال كون النص المطعون عليه أو المحال لا يحقق مصلحة أو فائدة في الخصومة الموضوعية، إذ لا يوجد حينئذ نزاع معروض على المحكمة الدستورية.

ويتطابق ذلك على الحكم الآنف كانت تبسو مصلحة المدعي الدستوري في الطعن على المادة (٢/٥) من القانون بحسبان أنه لا يجوز وضع قيود تنظيمية على الإبداع الفني ليصل بالطبع إلى أن الركن المادى للجريمة لا يصلح محلا للتأنيم فرأت المحكمة أن التنظيم النقابي في ذاته جائز إلا أنه لايجوز السماح لغير الأعضاء بالعمل مقابل اقتطاع مبلغ كبير من دخولهم من ناحية ومن ناحية

أخرى لايجوز إنفاذ هذا التنظيم عن طريق الجزاء الجنائي الذي يصل لحد تقييد الحرية، مما يفيد أن المحكمة تسمح بتوقيع عقوبة الغرامة لو كان لها حد أقصى أو اقتضاء حقوق النقابة بالطريق المدني (التعويض).

وهكذا تحققت مصلحة المدعى الدستوري من هذا التصدي لأنه برىء بالطبع من الاتهام الجنائي ، وقد كان هذا هو قصده لولا أنه ولج طريقا لايؤدي موضوعيا إليه.

المطلب الثالث

اختلاف فكرة التصدي عن فكرة السقوط

تختلف فكرة التصدي لنص ما عن فكرة سقوط النصوص المرتبطة بالنص المقضى بعدم دستوريته، إذ كثيرا ما تجد المحكمة أن هناك نصوصا من المستحيل بقاؤها مع القضاء بعدم دستورية نص ما لذا فإنها تحكم بسقوط تلك النصوص.

هذا والنص الباطل « المقضى بعدم دستوريته » يختلف عن النص الساقط في أن أولهما فحصته المحكمة الدستورية وانتهت إلى عدم دستورية بينما الثاني لم يخضع للفحص كالأخر، كما أن النص الباطل معيب في ذاته بينما النص الساقط معيب في ارتباطه بغيره أي في ارتباطه بالنص غير الدستوري .

هذا والنص المقضى بسقوطه لا يقتضي اتخاذ إجراءات التحضير بشأنه. ومن أمثلة قضاء المحكمة بالسقوط ما قضت به المحكمة من أنه «متى كانت هذه المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٩٩١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ وكانت المادة الثانية تتناول الأثر الرجعي لهذا القانون بنصها على سريان أحكامه اعتبارا من أول يوليو ١٩٨٧ ، فإنها تسقط تبعا لإبطال مادته الأولى إذا لا يتصور وجودها مستقلة عنها بالنظر إلى ارتباطهما ارتباطا لا يقبل التجزئة» (61)، (62).

ولعل حكم المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بضريبة الاستهلاك هو أكثرها توضيحا لمعنى السقوط حيث كانت المادة الثانية من قانون ضريبة الاستهلاك الصادر بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٨١ تنص على مايلي:

فقرة أولى تفرض الضريبة على السلع الواردة بالجدول المرافق لهذا القانون بالفئات الموضحة قرين كل منها .

فقرة ثانية ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول على أن يعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما ، أو في أول اجتماع له في حالة حل المجلس أو وقف جلساته.

فقرة ثالثة فإذا لم يقره المجلس ألغى القرار مع اعتبار ما تم تحصيله قبل الإلغاء صحيحا .

واستنادا للفقرة الثانية المذكورة صدر قرارا رئيس الجمهورية ٢٦٠ لسنة ١٩٨٢ و ١٢٧ لسنة ١٩٨٦.

ولما كانت المحكمة قد انتهت الى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك فيما قرره من تخويل رئيس الجمهورية تعديل جدول الضريبة على الاستهلاك وذلك للأسباب التفصيلية المذكورة بالحكم⁽⁶³⁾ فقد تبين للمحكمة أن باقى أحكام الفقرة الثانية المذكورة وكذا الفقرة الثالثة وقرارى رئيس الجمهورية ٣٦٠ لسنة ٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ مرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالنص المقضى بعدم دستوريته لهذا قضت المحكمة بسقوطهم⁽⁶⁴⁾.

الفصل الثالث

الرقابة أمام المحكمة العليا الأمريكية وارتباطها بالقضية

تقسيم:

حتى تقوم المحكمة العليا بدورها الدستوري فلا بد أن يكون أمامها قضية ما تصل إليها في إطار التنظيم القضائي، ووصول القضية إلى المحكمة العليا يحتاج عملاً إيجابياً بلا جدال ، ومجهوداً لا بد من بذله ، ويتداخل في ذلك العديد من العوامل ، والتي لها تأثير يقل أو يكبر - بحسب الأحوال - في تحديد جدول أعمال المحكمة.

وهذه العوامل منها ما يرجع إلى الدولة ممثلة في الكونجرس والمحكمة ذاتها، ومنها ما يرجع إلى غير الدولة ممثلة في نور الخصوم والمحامين وجماعات المصالح .

ويعد أن تتحدد أعمال المحكمة وتصل القضية بالفعل إليها فإن هناك إجراءات تتخذها المحكمة للبت فيها، وسوف نركز في هذا الفصل - منعاً من الإطالة - على أمرين اثنين لا ثالث لهما نبحث أولهما في المبحث الأول وثانيهما في المبحث الثاني على النحو التالي :

المبحث الأول : التنظيم القضائي .

المطلب الأول : التنظيم القضائي لمحاكم الولايات .

المطلب الثاني : التنظيم القضائي للمحاكم الفيدرالية .

المبحث الثاني : الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت في الأمر.

المطلب الأول : تنوع قرارات المحكمة العليا فيما يصلها من قضايا.

المطلب الثاني : إجراءات البت في مدى قبول القضية.

المبحث الأول

التنظيم القضائي

تصل القضية إلى المحكمة العليا الأمريكية من خلال نظام قضائي محدد، لذا رأينا أن نتناول - بصورة موجزة - التنظيم القضائي لمحاكم الولايات في المطلب الأول والتنظيم القضائي للمحاكم الفيدرالية في المطلب الثاني .

المطلب الأول

التنظيم القضائي لمحاكم الولايات⁽⁶⁵⁾

يوجد بكل ولاية محاكم ابتدائية لها دوائر اختصاص عام وتطلق عليها أسماء مثل المحاكم العليا ومحاكم المناطق المتنقلة أو الدورية ومحاكم الدعاوى المدنية، ويرأس هذه المحاكم قاض واحد يتمتع عادة بالكفاءة التي تمكنه من نظر جميع القضايا المدنية كانت أو جنائية والتي لا تكون من اختصاص المحاكم الخاصة .

وتوجد أيضا المحاكم الخاصة وهي ذات اختصاص محدود مثل المحاكم الجنائية والمحاكم الخاصة بالأحوال المدنية ومحاكم الأطفال أو الأحداث ومحاكم إثبات الوصاية وأموال القاصرين، وذلك إضافة للمحاكم ذات الاختصاص الأقل شأنًا والتي تنظر في القضايا البسيطة مثل محاكم المقاطعات والبلديات والمخالفات البسيطة والشرطة .

وفي أعلى السلم القضائي في الولايات توجد محكمة الاستئناف العليا وإن كانت في بعض الولايات تعرف بأسماء أخرى مثل محكمة الاستئناف بولاية نيويورك وهي في حقيقتها المحكمة العليا للولاية ، وعدد القضاة بها يتراوح من خمسة إلى تسعة .

المطلب الثاني

التنظيم القضائي للمحاكم الفيدرالية

لما كان واضعو الدستور تركوا للكونجرس مهمة إنشاء المحاكم الفيدرالية الدنيا فقد أضفى ذلك على النظام الفيدرالي المرونة ومنحه فرصة التجربة، وتوجد ثلاثة مستويات للمحاكم أولها محاكم المقاطعات وأوسطها محاكم الاستئناف وأعلاها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية ، ومحاكم المقاطعات هي المحاكم الابتدائية ذات الاختصاص العام بالقضايا المدنية والجنائية بما في ذلك القضايا الخاصة بديوان البحرية وتراجع تلك المحاكم قرارات بعض الهيئات الإدارية الفيدرالية ، ويوجد تسعون محكمة من محاكم المقاطعات في الولايات الخمسين إضافة إلى واحدة تختص بمقاطعة كولومبيا، وبعض الولايات الصغرى بها محكمة واحدة بينما تصل محاكم المقاطعات إلى أربع في الولايات الكبرى وتشكل عادة من قاض واحد⁽⁶⁶⁾.

وتقدم القضايا المستأنفة من محاكم المقاطعات عادة إلى محكمة الاستئناف الخاصة بتلك المحكمة

، وفي حالات نادرة تستأنف القضية لدى المحكمة العليا مباشرة ، و يوجد اثنتا عشرة دائرة قضائية إحدى عشر منها لتغطية التقسيمات الجغرافية للولايات المتحدة والأخيرة خاصة بمقاطعة كولومبيا وحدها. وهذه النوائر هي محاكم الاستئناف المتوسطة في النظام القضائي الفيدرالي وتندار ما تراجع أحكامها من قبل المحكمة العليا، ومن ثم فإن تلك المحاكم تعتبر محاكم عليا ومرجعا أخيرا لكثير من القضايا الفيدرالية .

وتراجع تلك المحاكم إضافة للاختصاص المنصوص عليه سلفا قرارات بعض الهيئات الإدارية الفيدرالية مثل مجلس العلاقات العمالية الوطني، وعادة ما تشكل محاكم الاستئناف من ثلاثة قضاة . وأخيرا توجد على القمة المحكمة العليا والتي استقر تشكيلها منذ عام ١٨٦٩ على تسعة قضاة (67).

ويموجب الدستور فإن للمحكمة العليا اختصاص أصلى في بعض أنواع من القضايا إضافة للقضاء الاستئنافي الذي يترك تحديده للكونجرس.

ويعني آخر فإن هناك قضايا تجبر المحكمة على نظرها وهناك قضايا يكون لها حق الاختيار بصيدها، والقضايا التي تلزم المحكمة بنظرها مستمدة من نص الدستور الأمريكي في المادة الثالثة (68) في فقرتها الثانية، وينقسم القضاء الإلزامي إلى قضاء إلزامي أصلى « ابتدائي » وذلك كما هو الحال بالنسبة للنزاع بين الولايات ، وليس من المستحيل حدوث ذلك فقد حدث بين الولايات الغربية حول حقوق المياه، وقضاء إلزامي غير أصلى كما هو الحال بالنسبة لسلطتها بالنسبة للقضايا المستأنفة أمامها.

وبالنسبة للقضاء الأصلي فإن المحكمة تنظر القضية مباشرة دون أن تنتظرها محكمة أدنى لذلك فإنه إذا كان هناك خلاف حول الوقائع في قضية من هذا النوع فإنه يعين لها قاض لتولى تحقيقها ويكتب في النهاية تقريراً بما يرى القضاء به.

وبالنسبة للقضاء الإلزامي الاستئنافي فإن قضاياها تأخذ وقتاً كبيراً من المحكمة إذا كانت ستقضى فيها جميعها بمعاملة تامة ، ولكن القضاة يعتبرون العديد منها مضية للوقت ، لذا فإن المحكمة تستخدم طريقة المعاملة المختصرة - التي سنوضحها بالمبحث المقبل - لتخلص منها في وقت سريع ودون إخلال بمتطلبات الإلزام.

والأشخاص الذين يستأنفون الأحكام أمام المحكمة العليا عليهم أن يوضحوا لماذا تستأنف قضيتهم النظر من المحكمة ويمكن لخصومهم أن يطلبوا رفض الاستئناف وفق أسس كثيرة منها وجود عيوب إجرائية أو عدم علاقة القانون الفيدرالي بالقضية ، وقد يطلب هؤلاء الخصوم تأكيد قرار المحكمة الأدنى باختصار، وحوالي ٧٠٪ من كل الاستئنافات المقدمة للمحكمة يقضى فيها إما بالرفض أو بالتأكيد المختصر لحكم المحكمة الأدنى .

هذا والقضاء الاختياري للمحكمة العليا يستمد مما يسمى (certiorari) أى الإعلام القضائي وهو عبارة عن تظلم مسبق يقدمه صاحب الشأن للمحكمة العليا طالبا إصدار أمرها إلى المحكمة الأدنى لتسليم ملف القضية التي تخصه إليها لإعادة النظر فيها ، وإذا اقتصت (69) المحكمة العليا بذلك فإنه تصدر أمرها للمحكمة الدنيا بتسليم ملف القضية .

كما يأتى القضاء الاختيارى للمحكمة مما يسمى (habeas Corpus) وهو عبارة عن تظلم من المحبوسين يقدم للمحكمة العليا ، والقصد منه حماية الأفراد من الحبس غير المشروع.

المبحث الثانى

الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت فى الأمر

المطلب الأول

تنوع قرارات المحكمة العليا فيما يصلها من قضايا

إن المحكمة العليا تكون بالخيار بين ثلاثة (70) أمور على النحو التالى :

١- قد ترفض النظر فى القضية وهذا هو الحادث فى الغالبية العظمى من القضايا فنجد أنه فى دورة المحكمة سنة ١٩٨٢ قضى فى حوالى ٩٢٪ من القضايا بالرفض.

٢- قد تقبل المحكمة أن تعطى للقضية معاملة تامة وهى ما يطلق عليه (full treatment) بما يعنى الاستماع إلى المناقشات الشفوية فى القضية وإعطائها حكماً مسبباً بآراء كاملة للقضاة.

٣- قد تلجأ المحكمة إلى قبول القضية ولكن لا تعطىها معاملة تامة كما فى الحالة الثانية فتحكم فى القضية بدون مجادلات شفوية وتصدر فى هذه القضية قراراً لا يعتبر حكماً فى حقيقته إذ هو عبارة عن رأى عن طريق المحكمة (per curiam) ولا يوقع من القضاة.

والفرقة بين الحالتين الثانية والثالثة شديدة الأهمية إذ تقرر المحكمة فى القضية بالطريقة الثالثة وهى طريقة المعاملة غير التامة فى حوالى ثلث أو نصف القضايا التى تقبل البت فيها، وتلجأ المحكمة لهذه الطريقة لعدة أسباب قد يكون منها أن أعضاء المحكمة قد يشعرون برغبتهم فى التقرير فى مسألة صغرى حول قانون الضرائب انقسمت بصدها المحاكم ولكن المرافعة الشفوية والرأى الكامل قد يبدو غير ضرورى ، وقد تكون هناك بعض القضايا والتى تثير مسائل قانونية سبق للمحكمة البت فيها بمعاملة كاملة فمن ثم ترى المحكمة أنه من الأنسب البت فيها بطريقة مختصرة، والمحكمة عندما تقبل القضية بمعاملة مختصرة قد لا تكون دائماً مجمعة على ذلك، فنجد أن القاضى ستيفنز قاد كلاً من القاضيين بريين ومارشال للاحتجاج على كثرة استخدام هذه الطريقة وذلك لإلغاء الأحكام المتحررة التى قضت بها المحاكم الدنيا رغم أن بعض هذه القضايا كان يستأهل قراراً بالمعاملة التامة نظراً لأهميتها أو لتعقدها بما يستلزم المراجعة الشفوية لاستيضاح الأمور ، كما أن بعض القضايا من هذه النوعية كانت من التفاهة بحيث كانت تستأهل الرفض.

هذا وقد لاحظ القاضى ستيفنز أن المحكمة استخدمت فكرة القرارات المختصرة فى تسع عشرة قضية جنائية كانت تتناول مسائل متعلقة بالحقوق الدستورية وقد ألغت المحكمة العليا فى هذه

القضايا أحكام المحاكم الدنيا والتي كانت لصالح المتهمين . وأكد ستيفنز أن ذلك لا يتفق مع الدور الأساسي للمحكمة كحامية للمواطنين وأن المحكمة بفعلتها هذه تشبه حارس السجن أو وكيل النيابة وهو ما لا يجب أن تكون عليه.

ويلاحظ من الناحية القانونية أن رفض المحكمة إصدار أوامر الإحضار للأشخاص المحبوسين لمراجعة أسباب حبسهم أو للقضية ليس له أى قيمة كسابقة، بينما نجد أن حكم المحكمة بالرفض أو التأييد المختصر للاستئنافات له بعض القيمة كسابقة، مع ملاحظة أن الحكم الأخير وإن اعتبر قانوناً ومن الناحية الفنية قراراً بجدارة القضية للنظر إلا أنه فى حقيقته ومن الناحية العملية يمثل رفضاً لسماع القضية وليس معاملة غير تامة لها.

المطلب الثانى

إجراءات البت فى مدى قبول القضية

بداية كانت القضايا المطلوب نظرها من المحكمة العليا قليلة العدد فكانت تنتظر كل قضية على حدة لكن مع ازدياد حجم القضايا أدخل رئيس القضاة هيوز طريقة مؤداها عمل كشف خاص بالقضايا التى لا تستأهل النظر، والذي يعد هذا الكشف هم مساعدو رئيس القضاة ويوافق عليه رئيس القضاة وإذا لم يعترض قاض على ذلك الكشف فإن تلك القضايا تعتبر مرفوضة.

وخلال السبعينات انعكس الوضع فأصبح هناك قائمة بالقضايا التى تستأهل المناقشة وغيرها من القضايا تعتبر قد رفضت تلقائياً ما لم يطلب قاض آخر إضافة قضية ما إلى كشف المناقشة . وعادة ما يلجأ القضاة المختلفون مع رئيس القضاة وبمساعدة مساعديهم (clerks) إلى فحص القضايا التى أسقطت من كشف المناقشة وقد يقومون بالاعتراض على بعضها وعندئذ توضع فى الكشف وقد يحدث ويوافق على نظرها.

وفى مؤتمر القضاة يتم التصويت على تلك القضايا الموضوعة فى الكشف، ويقدم رئيس القضاة فى كل قضية ملخصاً لها ثم يبدأ القضاة الآخرون فى الكلام حسب الأقدمية، وإذا ظهر أن اتجاهات القضاة غير واضحة يتم التصويت على قبول القضية فإذا حصلت على أربعة أصوات تم قبولها وإن لم تحصل يمكن للقضاة الذين يؤيدونها أن يطلبوا إعادة التصويت عليها فى المؤتمر القادم.

هذا ويلاحظ أن المناقشة الموجزة لا تغير من وجهة النظر عادة لكن القاضى بريتن⁽⁷¹⁾ ذكر أنه يمكن لقاض أن يقنع ثلاثة من زملائه بقبول القضية، ويعد شائعاً أن يقرض قاض صوته لثلاثة من زملائه لديهم الرغبة فى الاستماع للقضية . وعلى ذلك يمكن القول إن القرار بوضع القضية على كشف المناقشة يضمن أن توضع فى الاعتبار لكنه لا يضمن قبولها.

وعندما يقرر المؤتمر قبول قضية فهو يقرر ما إذا كانت ستأخذ معاملة تامة أو غير تامة .

وعندما يقرر المؤتمر منح القضية معاملة غير تامة فيمكن أن يتم الفصل فيها فى نفس المؤتمر .

وبالنسبة للقضايا الأخرى فإن قرار قبول القضية أو رفض قبولها يعلن بصورة مختصرة فى مذكرة ، وعادة ما لا تعلن آراء كل قاض بصفة شخصية، ولكن زاد نسبياً فى الفترة الأخيرة تسجيل القاضى لآرائه الشخصى المحتج على رفض قبول قضية ما . هذا ويمثل القاضيان بريتن ومارشال

المثال الصارخ لذلك وخاصة بالنسبة للقضايا الخاصة بعقوبة الإعدام حيث عبرا عن ضرورة إلغاء هذه العقوبة لعدم دستوريتها. وقد يحدث أن يكتب قاض رأي المؤيد لإنكار إصدار أمر إحضار لقضية ما (certiorari) وذلك مقابلة للرأي المحتج . ومن النادر جداً أن يكتب رأياً لتأييد قرار قبول قضية ما (72) .

الفصل الرابع

شروط قبول الدعوى الدستورية في مصر

تقسيم :

بادئ ذي بدء فإن ولاية محكمة الموضوع تنحصر بالضرورة في المسائل التي ناطها المشرع بها ولا تمتد إلى ما يدخل - بنص الدستور أو القانون - في ولاية جهة أخرى وإلا كان ذلك عدوانا عليها، وليس من بين المهام التي اختص المشرع بها محكمة الموضوع الفصل في توافر الشروط التي تطلبها قانون المحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى الدستورية بها وفقا للأوضاع المقررة أمامها، ذلك أن هذه الأوضاع التي يتصل تطبيقها بالنظام العام إنما تتناول التنظيم الإجرائي للخصومة التي تطرح عليها و هي بذلك ترتبط بشرائط قبولها ومن بينها المصلحة للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها ، ولا كذلك تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية ، المثار أمامها، إذ لا تتعلق هذه الجدية بالشروط التي يطلبها المشرع لانعقاد الخصومة ولكنها تتصل بالدلائل التي تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، وهي شبهة يتعين أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها، كذلك فإن قضاء محكمة الموضوع وقف الدعوى الموضوعية بعد الترخيص لن أثار الدفع أمامها برفع دعواه الدستورية، لا يعد فصلا في شرائط قبولها (73) .

وهكذا نستخلص مما سلف أنه رغم أن لمحكمة الموضوع وحدها تقرير جدية الدفع أو الإحالة إلا أن المحكمة الدستورية العليا تنفرد بالتحقق من شروط انعقاد الخصومة أي من توافر شروط قبول الدعاوى المطروحة عليها - بما يعنى عمليا إمكان مراجعة محكمة الموضوع في تقديرها لجدية الدفع . وليس لجهة غيرها أن تنازعها هذا الاختصاص أو أن تحل محلها فيه (74) . ويشترط بداءة لقبول الدعوى الدستورية أن تكون المحكمة مختصة بها أساسا إذ الاختصاص شرط تمهيدى مبدئى للتقوّل في شروط القبول .

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا لهذا الفصل مقسمة على النحو التالي:

المبحث الأول : اختصاص المحكمة أصلا بنظر الدعوى .

المبحث الثانى : شرط المصلحة .

المبحث الثالث : تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية أو وجود قرار إحالة منها .

المبحث الرابع : رفع الدعوى بطريقة الدفع فى الميعاد من صاحب الصفة

المبحث الخامس : شروط التدخل فى الدعوى الدستورية .

المبحث السادس : التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا من شروط قبول الدعوى الدستورية.

المبحث الأول

اختصاص المحكمة أصلا بنظر الدعوى

البحث فى الاختصاص لا بد أن يسبق البحث فى شروط قبول الدعوى بمعنى أنه لا تنظر المحكمة فى شروط قبول الدعوى الدستورية قبل توافر شرط مبدئى هو اختصاصها ولائيا بها ، حيث إن البت فى اختصاص المحكمة الدستورية ولائيا بنظر دعوى بذاتها سابق بالضرورة على الخوض فى شرائط قبولها أو الفصل فى موضوعها ، وتواجه المحكمة من تلقاء نفسها ، إذ لا يتصور أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى توافر شروط اتصال الخصومة القضائية بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها ، قبل أن تتحقق من أن النزاع موضوعها يدخل ابتداء فى ولايتها . كذلك فإن قضائها باختصاصها بنظر خصومة بذاتها ، لا يحول بينها والفصل فى الشرائط التى يتطلبها المشرع لقبولها والتى يعد توافرها مدخلا للفصل فى موضوعها⁽⁷⁵⁾ .

ويحدث أن تجد المحكمة الدستورية العليا أنها غير مختصة بالدعوى وفى ذات الوقت لا تتوافر فيها شروط القبول فتعرض فى أسبابها لكلا الأمرين إلا إنها فى المنطوق تنتهى بطبيعة الحال - إلى عدم الاختصاص ، وكنا نفضل ألا تعرض المحكمة فى أسبابها لشروط قبول الدعوى طالما أنها غير مختصة بها إلا أن المبرر⁽⁷⁶⁾ لهذا الأمر هو الدور التربوى والتعليمى الذى تحرص عليه المحكمة فى أحكامها، وقضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم الاختصاص لا يجوز أن يقرن بإحالتها هذا الطلب إلى جهة الاختصاص للفصل فيه عملا بنص المادة (١١٠) مرافعات .

المبحث الثانى

شرط المصلحة

لا تقبل الدعوى الدستورية مالم يتوفر شرط المصلحة.

ويشترط فى المصلحة أن تكون شخصية مباشرة بأن يكون النص المطعون فيه بتطبيقه على الخصم قد ألحق به ضررا مباشرا ومن ثم لا بد أن يتوافر شرطان لتحقيقها:

أولهما : أن يقيم المدعى الدليل على أن ضررا واقعيا مباشرا ممكناً إدراكه قد لحق به ، ولا تكفى المصلحة النظرية .

وثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون فيه، فإذا لم يكن المدعى من المخاطبين به، أو كان قد أفاد من مزايده ، أو لم يكن قد طبق عليه أصلا، أو كان الإخلال المدعى به لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منقضية.

وهكذا فإن الشرط الأول يشترط أن يكون الضرر الذي أقام المدعى دليله ضررا مباشرا مستقلا بعناصره ممكنا إدراكه بالتراضية القضائية، ومن ثم لا يجوز أن تكون المصلحة في الدعوى نظرية بأن تهدف تقرير حكم الدستور مجردا في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية، أو دفاعا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها أو كنوع من التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية ، أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بضمونها لا صلة للطاعن بها، أو لإرساء مفهوم معين في شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن.

والشرط الثاني يلزم بوجود علاقة سببية وهي تحتم أن يكون الضرر الثابت بالشرط الأول ناشئا عن النص التشريعي المطعون عليه⁽⁷⁷⁾ .

ومثال تخلف الشرط الثاني « علاقة السببية » حالة الطعن على نص تشريعي سبق القضاء بعدم دستوريته إذ لا يتصور أن يوجد ويستمر ضرر ما أيما كان شكله عن نص تشريعي قضى بعدم دستوريته، لما لحكم المحكمة الدستورية العليا من إلزام للكافة بحيث يتمتع على أية جهة تطبيقه، ومن الأمثلة العملية لانتفاء المصلحة لأن مركز المدعى في الدعوى الدستورية لن يتغير حتى بعد الفصل لصالحه في الدعوى الدستورية حالة زوجة كانت قد أقامت دعوى تطليق ضد زوجها استنادا « للضرر وسوء العشرة ، ولزواجه عليها بأخرى » عملا بالمادتين ٦، ١١ مكررا ٢ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فدفع الزوج بعدم دستورية المادة الأخيرة لحاققتها للمادة الثانية من الدستور وقد أجابته محكمة الموضوع لطلبه، وبعد أن رفع الزوج دعواه بعدم الدستورية تنازلت الزوجة عن طلبها بالتطليق استنادا إلى المادة ١١ مكررا ٢ واكتفت بطلب الطلاق استنادا للمادة (٦) فقط « الضرر وسوء العشرة »، وبالطبع فإن قصد الزوجة واضح من تعديل طلباتها وتنازلها عن التمسك بأحكام المادة ١١ مكررا ٢ سالفة الذكر، إذ تظهر رغبتها الواضحة في سرعة الفصل في دعواها، وأيما كان غرضها، فإنه ولما كانت المادة المطعون على دستوريته لم تعد سندا لادعاء الزوجة بالتطليق ، فإن ذلك مؤدها قول واحد، هو أن إبطال النص التشريعي المطعون عليه في الدعوى الدستورية التي أقامها الزوج ، لن يعود بأية فائدة عملية عليه يمكن أن يتغير بها مركزه بعد الفصل في هذه الدعوى.

ويصلح هذا المثال ذاته للتعبير عن فكرة ضرورة استمرار المصلحة حتى الفصل في الدعوى الدستورية، فوقت رفع الدعوى كانت توجد مصلحة مؤكدة للزوج وبعد نظرها وتنازل الزوجة في الدعوى الموضوعية عن التمسك بالمادة المطعون على دستوريته تحولت منذ ذلك التاريخ مصلحة الزوج العملية إلى مصلحة نظرية أكاديمية تهدف إلى التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية⁽⁷⁸⁾. وبمعنى آخر فإن النص التشريعي المطعون عليه لم يعد له صلة بالنزاع الموضوعي. وتتفنى المصلحة في حالة رفع أو إحالة الدعوى الدستورية رغم وجود قضاء من المحكمة الدستورية حول ذات النص المطعون عليه سواء بدستوريته أو بعدمها وكذلك إذا كان مبنى الطعن عيباً شكلياً رغم وجود قضاء

موضوعي حول مادة ما من مواد القانون المطعون عليه.

ويستوى أن يحدث ماسلف قبل رفع أو إحالة الدعوى أو بعدها إذ في الحالتين تنتفي المصلحة، والآخر الوحيد الذي يترتب على ما إذا كانت الدعوى قد رفعت أو أحييت منتفية المصلحة أم حدث ذلك والمصلحة متوافره ثم انتفت بعد ذلك إنما مرده إلى منطق الحكم الذي تنتهي إليه المحكمة، الأمر الذي نبينه تفصيلا على النحو التالي :

١ - إذا كانت الدعوى محالة وانتفت المصلحة فيها قبل ورود الدعوى لقلم الكتاب فإن المحكمة تنتهي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ومثال ذلك الدعوى رقم ٥١ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٨/٥/١٩٩٦ (79)، حيث كانت تلك الدعوى محالة من محكمة بمنهور الجزئية ووربت إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية بتاريخ ١٩٩٥/٨/٢٠ وكان مبني الطعن عواراً شكلياً خاصاً بقانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، ووجدت المحكمة أن هناك قضاء موضوعياً منها بعدم دستورية مادتين منه بجلسته ١٥/٤/١٩٨٩.

٢ - إذا كانت الدعوى محالة وانتفت المصلحة بعد ورود الدعوى لقلم كتاب المحكمة الدستورية فإن المحكمة تنتهي حينئذ إلى الحكم باعتبار الخصومة منتهية.

٣ - إذا كانت الدعوى مرفوعة بطريقة الدفع وكانت المصلحة منتفية وقت رفع الدعوى فإن المحكمة تنتهي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى وبمصادرة الكفالة وإلزام المدعي المصروفات، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/٩/١ والتي كانت تتعلق بطعن على مادتين من قانون الزعامة يوجد قضاء من المحكمة الدستورية العليا حول إحداها موضوعياً سابق على رفع الدعوى ، ولم تتأثر المحكمة بأن المادة الأخرى القضاء فيها لاحق على رفع الدعوى.

٤ - إذا كانت الدعوى مرفوعة بطريقة الدفع وانتفت المصلحة بعد رفعها فهنا تنتهي المحكمة إلى الحكم باعتبار الخصومة منتهية، ومثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة في الدعوى رقم ١١٠ لسنة ١٨ ق دستورية ، جلسة ١١/٩/١٩٩٧ (80).

ومما يفسر موقف المحكمة الأنف التزامها بنص المادة (٥٣) من قانونها والتي تنص على أنه « ويجب على المدعي أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفالة مقدارها خمسة وعشرون جنيتها.... وتقضى المحكمة بمصادرة الكفالة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها » ، وهكذا فإنه إذا كانت الدعوى محالة فلا كفالة ولا إلزام بالمصروفات (81) .

هذا وتطبيق المحكمة ذات القواعد المذكورة حال إلغاء النص الإجرائي المطعون عليه بحسبان أن قوانين المرافعات تسري بأثر مباشر على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات (82).

وتتوافر المصلحة رغم إلغاء النص التشريعي الموضوعي المطعون عليه بالنظر لأن إلغاء نص لا يسقط آثاره المترتبة خلال فترة نفاذه، ومن ثم تتوافر المصلحة الشخصية في الطعن على النص بالنسبة لمن ترتب في حقه آثاره (83) .

ويلاحظ أنه قد لا ينص صراحة على إلغاء النص بأثر رجعي ورغم ذلك لا تترتب أية آثار له في حق الغير خلال فترة نفاذه ومن ثم تنتفي المصلحة.

ويتصور حدوث ذلك في حالتين أولهما بالنسبة للقوانين الجزائية حال إلغائها بالعدل عن تأنيب الواقعة إذ إنه ولئن نص الدستور في المادتين ١٨٧ و١٦٦ منه على قاعدة عدم رجعية القوانين العقابية إلا أن هذه القاعدة تكملها ويقوم إلى جانبها قاعدة أخرى هي قاعدة القانون الأصلح، ومؤدى قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم سريانها بآثر رجعى ومنذ صدورها على الجريمة التى ارتكبها المتهم من قبل وذلك لانتفاء الفائدة الاجتماعية التى كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة، وإن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم إلا أن القاعدة التى يرتكز عليها هذا المبدأ تقرضها المادة (٤١) من الدستور التى تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعى، وأنها مصونة لا تمس.

هذا وتشتط قاعدة الرجعية المذكورة ألا يكون التأنيب مقيدا بفترة زمنية.

ومفاد كل ما تقدم أنه حالة إلغاء التأنيب غير الموقوت زمنيا فإن ذلك مؤداه رجعية هذا الإلغاء ، ومن ثم انتفاء شرط المصلحة (84) .

والحالة الثانية تتمثل فى القوانين المنظمة لإجراءات التقاضى فهى تسرى بآثر فوري على مالم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات (85) على نحو ما ذكرناه.

وزمام إعمال شرط المصلحة الشخصية المباشرة بيد المحكمة الدستورية العليا وحدها، وإليها دون غيرها يعود أمر التحقق من توافره، ليس لجهة أخرى أن تفرض عليها مفهوما معيناً لمضمون هذه المصلحة بعنصرها سالف الذكر.

والمصلحة بعنصرها شرط مندمج فى قانون المحكمة الدستورية العليا بما نص عليه فى مادته الثامنة والعشرين من أنه «فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم إلى المحكمة ، الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة ، والأوضاع المقررة أمامها » متى كان ذلك ، وكان نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية مؤداه ألا تقبل أية دعوى لا يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون أو مصلحة محتملة بالشروط التى بينها. فمن ثم فإنه لا يجوز والحال كذلك الادعاء بأن شرط المصلحة غير لازم فى الدعوى الدستورية(86).

ولا يجوز القول بأن لكل مواطن مصلحة مفترضة فى إهدار النصوص التشريعية المخالفة للدستور، إذ ذلك انتقال بالرقابة القضائية على الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، تتساوى بها هذه الدعوى مع دعوى الحسبة، وهذا ما لا يشمل كإصل عام التنظيم المقارن، فالحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة فى ذاتها ولا يتصور أن تعمل فى فراغ، وأيا كان دورها أو وزنها أو أهميتها فى بناء النظام القانونى للدولة ودعم حرياته المنظمة ، فإن تقريرها تقيا بوما توفير الحماية التى تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها يستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية.

ويؤكد استبعاد الدعوى الأصلية بعدم الدستورية(87) أن شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية لازال قائما ومتطلبا لقبولها.

المبحث الثالث

تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية

أو وجود قرار إحالة منها

جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ولايته في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا إذا اتصلت المحكمة بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة ٢٩ من قانونها ، وهذه الأوضاع الإجرائية سواء ما تعلق منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو ميعاد رفعها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية . ويتفرع على ذلك ضرورة تصريح محكمة الموضوع للمدعى برفع دعواه الدستورية.

فإذا كان المدعى قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية فأجلت المحكمة نظر الدعوى لجلسة ما ، وبذلك الجلسة طلب المدعى وقف نظرها بعد أن تقدم بحافظة مستندات طويت على شهادة رسمية صادرة من المحكمة الدستورية العليا تقيد إقامته للدعوى الدستورية ، فلم تجبه محكمة الموضوع إلى طلبه وقررت تأجيل الدعوى المنظورة أمامها لجلسة محددة ، ثم أتبعتها بعدة تأجيلات إلى أن استبعدتها من الرول ، فإن مفاد ذلك أن الدفع بعدم الدستورية لا يعتبر في تقدير محكمة الموضوع جدياً وأنها رفضته ، ومن ثم لم تصرح برفع الدعوى الدستورية ، الأمر الذي يفرض لوجوب الحكم بعدم قبولها^(٨٨).

وهكذا يبين أن المحكمة الدستورية العليا قد استخلصت من ظروف الحال أنه لا يوجد تصريح ما برفع الدعوى الدستورية من قبل محكمة الموضوع.

ويتعين أيضاً لقبول الدعوى أن تتضمن صحتها أو قرار الإحالة ما استلزمته المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا ببيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة ، وقد قصد المشرع بذلك بيان ماهية المسألة الدستورية التي يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمر الفصل فيها ونطاقها ، بما ينفي التجهيل بها كى يحيط كل ذى شأن ومن بينهم الحكومة التي يتعين إعلانها بقرار الإحالة أو بصحيفة الدعوى إعمالاً لنص المادة ٢٥ من قانون المحكمة - بجوانبها المختلفة - وليتاح لهم جميعاً - على ضوء تعريفهم بأبعاد المسألة الدستورية المطروحة عليهم - إبداء ملاحظاتهم وريودهم وتعقيباتهم في المواعيد التي حددتها المادة ٢٧ من القانون ذاته ، بحيث تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها ، وإعداد تقرير يشتمل على زواياه المختلفة.

هذا وما توخته المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا - على النحو المتقدم - يعتبر متحققاً كلما تضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما يعين على تحديد المسألة الدستورية ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر ، فيكفى أن تكون المسألة الدستورية التي يراد الفصل فيها قابلة للتعيين^(٨٩).

وهكذا فإنه يمكن القول إنه في حالة عدم تحديد المسألة الدستورية صراحة من حيث النص التشريعي المطعون عليه والنص الدستوري المدعى انتهاكه فإن المحكمة تلجأ حينئذ إلى الطريق غير

المباشر استخلاصا من الوقائع التي يتضمنها قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ، فإذا عُرِّ عليها فهم المسألة الدستورية حينئذٍ تضطر إلى القضاء بعدم القبول. وقضت المحكمة الدستورية بأن :

خلو صحيفة الدعوى الدستورية من بيان النص التشريعي المطعون فيه والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة والاكتفاء بالإحالة إلى أسباب وردت في عريضة دعوى أخرى لم ترفق صورة منها بالدعوى يؤدي إلى عدم القبول .

وهكذا يبدو أن المحكمة الدستورية كانت ستقبل الدعوى الآتية لو كانت الدعوى الأخرى التي اشتملت على أسباب الطعن مرفقة بالدعوى الدستورية محل النظر بحسبان أنها حينئذٍ ستعتبرها جزءا لا يتجزأ من صحيفة الدعوى الدستورية المرفوعة أمامها⁽⁹⁰⁾.

هذا وتعتد المحكمة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني وهو تخفف مقبول منها⁽⁹¹⁾.

- ولما كان لايجوز اللجوء إلى قواعد المرافعات، إلا فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون المحكمة الدستورية العليا، وبشرط ألا يتعارض إعمالها وطبيعة اختصاصها والأوضاع المقررة أمامها، لذا قضت المحكمة بأن «الدعوى المحالة إليها من إحدى المحاكم بعد صدور قضاء منها بعدم اختصاصها ولائيا بنظرها استنادا إلى المادة ١١٠ مرافعات لا تكون قد اتصلت بها اتصالا مطابقا لهذه الأوضاع⁽⁹²⁾».

وإذا حدث وتنازل المدعى أمام محكمة الموضوع عن دفعه بعدم الدستورية - بعد رفع الدعوى الدستورية التي صرحت له محكمة الموضوع بإقامتها- فإن مؤدى ذلك سقوط هذا الدفع وإهدار كافة الآثار المترتبة عليه ومن ثم عدم قبول الدعوى⁽⁹³⁾. ونرى أن المعيار الفني كان يقتضي اعتبار الخصومة منتهية، إلا أن المحكمة تلجأ للحكم حينئذٍ بعدم القبول لتتمكن من مصادرة الكفالة والإلزام بالمصاريف جزاء لهذا المدعى المتردد والذي أضاع وقت المحكمة.

المبحث الرابع

رفع الدعوى بطريقة الدفع في الميعاد من صاحب الصفة

لما كنا قد تناولنا سلفا ميعاد رفع دعوى الدستورية حال قبول الدفع في موضع آخر من هذه الرسالة فإننا نحيل إليه معنا من التكرار⁽⁹⁴⁾.

وسوف نركز هنا على شرط الصفة .

وتتجث الصفة في الدعوى الدستورية للخصم في الدعوى الموضوعية ، والخصوم في الدعوى الموضوعية يتنوعون بحسب طبيعة الدعوى وما إذا كانت مدنية أم إدارية أم جنائية وقد يكونون أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

ولما كانت المادة (٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تقرر أن للنياية العامة رفع الدعوى في

الحالات التي ينص عليها ويكون لها في هذه الحالات ما للخصوم من حقوق فمن ثم فإنها تكون خصما في هذه الحالات، ومثال ذلك حقها في رفع دعاوى الإفلاس⁽⁹⁵⁾ وهي هنا لها صفة المدعى، إلا أنه يتصور أن تكون النيابة مدعى عليها وليست مدعيا وذلك حالة رفع الدعوى طعنا على قراراتها الإدارية، ذلك أن النيابة العامة بصفتها أمانة على الدعوى العمومية تعد تصرفاتها من الأعمال القضائية، وهي بهذا الوصف تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التي يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري⁽⁹⁶⁾، إلا أن هناك جانبا آخر من تصرفات النيابة العامة يخرج بطبيعته عن نطاق دائرة الأعمال القضائية، وهذا النوع الثاني يخضع لرقابة المشروعية متى توافرت فيها مقومات القرار الإداري بالمعنى الاصطلاحي، ومثال ذلك إصدار النيابة العامة قرارا في منازعات الحيازة التي لا يرقى فيها الأمر إلى حد الجريمة المؤتممة بالمادتين ٣٦٩ و ٣٧٠ عقوبات⁽⁹⁷⁾.

وفي الدعاوى الجنائية تعد النيابة خصما مدعيا بحسبانها هي التي ترفعها ويعد كل من المتهم والمجنى عليه خصوما أيضا فيها، ولا يتغير الوضع حال تحريك الدعوى بطريق الادعاء المدني فهنا وإن لم تبدأ النيابة الدعوى إلا أنها تباشرها مثل غيرها وتتابع السير فيها حتى يفصل في شأنها بحكم نهائي.

ويعد المدعى المدني خصما، كما تعد الجهة الأذنة أو الطالبة خصما، بالنسبة للجرائم التي يتوقف تحريكها على إذن أو طلب.

ويعد المدعى الاشتراكي من الخصوم بالنسبة للدعوى أمام محاكم القيم، وكذا النيابة العسكرية المشكلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالأحكام العسكرية.

ويرى رأى في⁽⁹⁸⁾ الفقه أن هيئة مفوضى الدولة بمجلس الدولة تكون طرفا في الخصومة - وإن كانت لا تعد طرفا ذا مصلحة شخصية - نظرا لأن القانون أناط بها حق الطعن في أحكام محاكم مجلس الدولة أمام المحكمة الإدارية العليا⁽⁹⁹⁾.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأنف مع الاستدراك والإشارة إلى أن هيئة مفوضى الدولة وإن كانت تتولى تحضير الدعوى وهيئتها للمرافعة إلا أنها بعد إتمام مهمتها تودع رأيا مسببا طبقا لنص المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة، ومن ثم فهي إلى هذا الحد لا تعد خصما حتى يمكنها الدفع بعدم الدستورية وإنما لها أن تبدأ رأيا بعدم⁽¹⁰⁰⁾ الدستورية، وللمحكمة الحق في أن تأخذه أو تطرحه، فإن أخذته فإن الأمر يمثل إحالة من محكمة الموضوع وإن طرحته، فيحق لرئيس هيئة المفوضين الطعن على الحكم وهنا تعد خصما من حقه الدفع بعدم الدستورية، وينطبق ذات الحكم على كافة الطعون المقدمة من هيئة المفوضين.

هذا وليس غريبا أن تعد الجهات العامة كالنيابة وهيئة المفوضين مدعيا في دعوى عدم الدستورية إذ يسمح قانون المحكمة الدستورية العليا بذلك، عندما ألزم في المادة (٢٤) منه أن تكون صحف الدعاوى موقعة من عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل أو محام مقبول للمرافعة أمامها بحسب الأحوال، ومن المعروف أن هيئة قضايا الدولة وفقا لقانونها هي النائب القانوني عن الدولة بسلطاتها الثلاث. وطالما ورد النص عاما بهذا الشكل فمن ثم يستوعب الحالة محل الدراسة.

ولما كان المشرع في المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص على أن « تعتبر

الحكومة من نوى الشأن في الدعاوى الدستورية « فإنه قد استهدف من ذلك تمكينها من أن تقول كلمتها في الطعون الموجهة إلى التشريعات التي تكون قد أصدرتها أو شاركت في وضعها ، ومن ثم فإنه لا يجوز لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أساس أنها تشارك في وضعها وعليها الدفاع عن سلامتها، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود بالحكومة بما نص عليه في المادة (١٥٣) من أن الحكومة هي الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة وتتكون من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، ومن ثم استبعدت المحكمة الأزهر من الدخول في مفهوم الحكومة⁽¹⁰¹⁾.

وجريا وراء ذات المنطق تستبعد هيئة المفوضين بمجلس الدولة والنيابة العامة من مفهوم الحكومة ويجوز لأيهما الطعن على دستورية التشريعات.

ويجب أن ترفع الدعوى على من اختصوا أمام محكمة الموضوع وإلا عدت الدعوى الدستورية غير مقبولة بالنسبة لهؤلاء⁽¹⁰²⁾.

ويجب أن يقدم المحامي الذي أودع صحيفة الدعوى سند وكالته حتى حجز الدعوى للنطق بالحكم وهو أمر لا يغني عنه إرفاق صورة ضوئية من التوكيل بصحيفة الدعوى ، وإلا يكون المحامي الذي أودع صحيفة الدعوى قد نكل عن إثبات صفته مما يتعين معه عدم قبول الدعوى⁽¹⁰³⁾.

ولا يغني في هذا الشأن إيداع المحامي توكيلا مقصورا على رفع بعض الدعاوى حتى الحصول على الأحكام النهائية الاستئنافية ، ودون أن يمتد إلى الطعن بعدم الدستورية⁽¹⁰⁴⁾.

المبحث الخامس

شروط التدخل في الدعوى الدستورية

لما كانت المادة (١٢٦) من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمًا لأحد الخصوم أو طالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

لذا رأى بعض الفقهاء إجازة قبول التدخل الاختصاصي في الدعوى الدستورية الذي يقصد به صاحب الشأن المطالبة بحق لنفسه في مواجهة أطراف الدعوى⁽¹⁰⁵⁾، بينما يرى آخرون بحق أن التدخل الذي يتصور حدوثه في الدعوى الدستورية هو التدخل الانضمامي⁽¹⁰⁶⁾ وحده .

ويشترط لقبول التدخل الانضمامي أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى . ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذي قيل تدخله في الدعوى الموضوعية المثار فيها النفع بعدم الدستورية، وأن يؤثر الحكم في هذا النفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات.

وتطبيقا لهذا المبدأ أيضا ذهبت المحكمة الدستورية إلى أنه مادام أن محكمة الموضوع لم تقل كلمتها في شأن التدخل فإن طالبا لم يصبح بعد طرفا في الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، ومن ثم لم يثبت له تبعا لذلك صفة الخصم التي تسوغ اعتباره من نوى الشأن في

الدعوى الدستورية الذين تتوافر لهم المصلحة في تأييدها أو دحضها، وبالتالي يكون طالب التدخل بهذه المثابة غير ذي مصلحة قائمة في الدعوى الماثلة، ويتعين لذلك الحكم بعدم قبول تدخله⁽¹⁰⁷⁾

وبالطبع إذا كانت محكمة الموضوع قد رفضت طلب التدخل صراحة فإن التدخل لا يكون مقبولا أمام المحكمة الدستورية العليا.

وإذا كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة لرفعها بعد انقضاء⁽¹⁰⁸⁾ الأجل أو من غير ذي⁽¹⁰⁹⁾ صفة فإنه يترتب على ذلك انقضاء طلب التدخل الانضمامي لتبعية طلب التدخل الانضمامي للخصومة الأصلية.

وإذا كانت القاعدة أنه يتعين إجابة المدعى إلى طلبه ترك الخصومة طالما وافق المدعى عليه على ذلك وفقا للضوابط التي تحددها المادتان ١٤١، ١٤٢ من قانون المرافعات، ولما كانت الخصومة في طلب التدخل الانضمامي تابعة للخصومة الأصلية فإن مفاد ذلك ولازمه أن ترك الخصومة في الدعوى يستتبع انقضاء طلب التدخل الانضمامي⁽¹¹⁰⁾.

وينطبق هذا المبدأ سواء كان الترك للدعوى الموضوعية أم للدعوى الدستورية.

المبحث السادس

التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا

من شروط قبول الدعوى الدستورية

١ - يلاحظ على أحكام المحكمة أنها تستخدم اصطلاح الصفة لتشتمل على معنيين الحق في الدعوى والتمثيل القانوني بمعنى قيام شخص بمباشرة إجراءات الدعوى نيابة عن شخص آخر ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في أحد أحكامها من أن « البين من أوراق الدعوى أن المحامي الذي أودع صحتها لم يقدم سند وكالته عن المدعى حتى إقفال باب المرافعة فيها ، رغم كون ذلك لازما للتحقق من توافر الصفة والوقوف على نطاق هذه الوكالة ومن ثم يكون المحامي الذي أودع صحيفة هذه الدعوى قد نكل عن إثبات صفته في إقامتها وانتهت لعدم قبولها⁽¹¹¹⁾، ونرى وفقا للاتجاه الراجح في فقه القانونين الخاص والإداري أن الأمر يتعلق بصحة إجراءات الخصومة وليس بقبول الدعوى.

وهكذا يبين أن مفهوم الصفة فيه اختلاف عكس مفهوم المصلحة، إذ لا يثير هذا المفهوم الأخير خلافا بين الفقه والقضاء باعتباره الفائدة أو المنفعة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته.

وإذا كانت الصفة هي المركز القانوني للمدعى الذي يسمح له أن يعرض على القاضي مسألة محددة استنادا إلى وسائل محددة هي الأخرى، كما يرى بعض الكتاب، أو كانت هي السند الذي يستطيع المدعى بمقتضاه أن يرفع دعواه أو يقدم طلبه أمام القضاء كما يرى البعض الآخر منهم، فإنها في رأينا تعد عنصرا في المصلحة ليس فقط في دعوى الإلغاء أو الدعوى الدستورية وإنما في

الدعوى بوجه عام، ذلك أن القانون لا يعتد بأى مصلحة وإنما يعتد بالمصلحة الجديرة بالحماية القانونية وهى التى تعطى لصاحبها صفة فى طلب الحماية القضائية وهذا ما عبر عنه الفقيه Chapus بأن المصلحة تعطى الصفة .

وإذا كانت المصلحة تغنى عن الصفة بالمعنى الذى يتصل بالحق فى الدعوى إذ حينئذ تندرج الصفة فى المصلحة وهو الأمر المستقر لدى المحكمة الدستورية العليا ، فإننا لا نوافقها على إدراج الصفة بمعنى التمثيل القانونى من ضمن شروط قبول الدعوى إذ هى من شروط صحة الخصومة⁽¹¹²⁾.

وهكذا تكون الخصومة باطلة إذا لم ترفع الدعوى من الأصل أو وكيله القانونى، الولي أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن المفقود والغائب غيبة منقطعة، وتكون باطلة أيضا إذا لم ترفع من الوكيل الاتفاقى .

وينطبق ذات الحكم المتعلق بالمضى على المدعى عليه..

والأهلية⁽¹¹³⁾ فى اعتقادنا هى الأخرى من شروط صحة الخصومة بمعنى أنها تكون باطلة إذا لم يتحقق فيها شرط الأهلية بالنسبة للمدعى أو المدعى عليه، وهكذا يجب أن يكون الدفع بعدم توافر الأهلية دفعا بالبطلان وليس بعدم القبول⁽¹¹⁴⁾ .

ولا ينال ذلك من أن اتجاها فى الفقه وقضاء النقض يرون أن الأهلية من شروط قبول الدعوى .

ولأن رفع الدعوى من أعمال الإدارة فيتعين أن يتوافر فى المدعى والمدعى عليه أهلية الإدارة.

والفائدة العملية فى التفرقة بين عدم القبول وبطلان الخصومة تنحصر فيما يتعلق بمصادرة الكفالة إذ وفق قانون المحكمة الدستورية العليا (مادة ٥/٥٣) لا تصاب الكفالة إلا فى حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها .

٢ - اعتدت المحكمة العليا الدستورية بالمصلحة الأدبية لدى رافع الدعوى وهذا اتجاه محمود⁽¹¹⁵⁾. ولم تحن الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لتوضيح موقفها فى هذا الشأن.

٣ - تستلزم المحكمة الدستورية قيام ارتباط بين الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية التى أثبتت المسألة الدستورية بمناسبةها بحيث إذا انفك هذا الارتباط قبل صدور الحكم تنتفى المصلحة حينئذ.

ومثال ذلك إذا قام المدعى بتعديل طلباته فى الدعوى الموضوعية تعديلا كاملا بحيث ينتهى الارتباط بينها وبين الدعوى الدستورية ويصبح الفصل فى المسألة الدستورية غير لازم لإمكان الفصل فى الدعوى الموضوعية، وينطبق ذات الحكم حال تنازل المدعى عن دعواه الموضوعية أو تركه لها، وكنا نتمنى أن تكتفى المحكمة الدستورية العليا بوجود الارتباط وقت رفع الدعوى دون اشتراط استمرار المصلحة فى الدعوى الموضوعية خاصة وأن نصوص قانون المحكمة الدستورية لا تمنع من ذلك صراحة، وفى هذا دعم لدور المحكمة فى رقابتها على التزام المشرع بصدور الدستور⁽¹¹⁶⁾ وبرأى لى شبيهة تواطؤ أو ضغط على المدعى الدستورى ليتنازل عن دعواه الموضوعية بما يمنع من صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية، إذا ظهر من واقع الحال أو من تقرير هيئة المفوضين أن هناك اتجاها للقضاء بعدم الدستورية .

ولا ينال من تحقيق هذه الأمانة سوى أن الرقابة ستتحول حينئذ الى رقابة فى الفراغ تقرر حكم الدستور فى غير موضوع معين.

هوامش الباب الثاني

- (1) راجع أمثلة قضت فيها المحكمة العليا بعدم توافر شروط للصحة وأخرى قضت فيها بتوافر هذا الشرط. رسالة د/ أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢١٢-٢٢٠.
- (2) راجع في شرح متطلبات الاعاء بصورة أكثر تفصيلاً، بالباب الرابع من هذه الرسالة ص ٤١٥ وما بعدها حيث تم دراستها كنص من عناصر التشديد الذاتي.
- (3) راجع:

Osborn v. Bank of the United States, 9 Wheaton 738 (1824).

- (4) نص التعديل الحادي عشر والذي صدر سنة ١٧٩٨ على أنه "من تفسر السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو يجعلها تنسحب لأي دعوى خاصة بالقانون أو العمل بدت أو رفعت ضد واحدة من الولايات المتحدة، بواسطة مواطني ولاية أخرى أو بواسطة مواطني أو رعايا أي دولة أجنبية.

Ex Parte Young, 209 U.S. 123 (1906).

Mississippi v. Johnson, 4 Wallace 475 (1867).

Georgia v. Stanton, 6 Wallace 50 (1868).

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

- (5) راجع في تفاصيل أكثر من أوامر المنع ، رسالة د/كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(6) راجع رسالة د. كمال أبو المجد ، للرجع السابق ، ص ٢٧٢ - ٢٧٠.

(7) راجع استعراض القضية بكتاب

Gerald Gunther, Constitutional Law, Eleventh Edition, 1985. The Foundation Press, Inc. p. 1538.

(8) راجع

Actna Life Insurance Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(9) راجع للقضية في

Louis Fisher, Constitutional Structures, Op. cit. p. 109.

- (10) يلاحظ أن هذا الوضع يقترب إلى حد ما من الوضع في مصر والذي قرره المادة (٩٢) من الدستور والتي تقر أنه " يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعن المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس به، ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض. وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس خلال ستين يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

هذا وقد جرت المحاكم المصرية على التعميم حال عدم إندان المجلس لا تقرر محكمة النقض.

(11) في ذلك راجع رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢٨٠، ٢٨١.

- (12) تنص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن " تنوب المحكمة الرقابية القضائية على دستورية القوانين

واللوائح على الوجه التالي :

١ - إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقدت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

ب- إذا بلغ أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى ومحت لن آثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

وتنص المادة (٣٧) من القانون المذكور على أنه :

يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويوصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

- (13) يلاحظ أن قانون المحكمة الدستورية العليا لا يخلو حق الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر ، فإذا طلب للمنى في دعواه الموضوعية منع التعرض لأي مواطن بتشريعات ضريبية البيعات ، متوخياً بذلك ألا تكون هذه التشريعات نافذة في حق المخاطبين بها ، توفيقاً لتصميمهم بضريبة غير دستورية ، فإن دعواه هذه تنحل إلى نزاع يتناول هذه التشريعات ذاتها بقصد إيقانها ، وأيسر لها من صلة بحقوق موضوعية يدعيها وهو ما يفيد بالضرورة الطعن على هذه التشريعات بطريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ، وهذه غير جائز قبولها. راجع الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، للجزء السادس ، ص ٣٧٧.

(14) د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة ، للرجع السابق ، ص ٥٨٣.

(15) الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١ ج ٢/٥ ، ص ٢١٢.

- (16) راجع الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٢/٥/١٥ حيث استتبعت للمحكمة الدستورية العليا من وقائع الدفع عدم وجود تصريح من محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية .

- (21) راجع د. عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، ١٩٨٩، المرجع السابق، ص ١٥٥.
- (22) أكدت المحكمة الدستورية هذا المعنى لما قضت بأن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل الدفع الشككي أو الموضوعية، ويتضمن مقابلة التصوص التشريعية للوطن عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما دعاهم، مؤدى ذلك جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وأمام أية محكمة.
- راجع الدعوى ٢٣ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٢/١٧، ص ١٧٤.
- (23) راجع الدعوى رقم ٠٢ لسنة ١٤ ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/١/١٩، الجزء الخامس المجلد الثاني، ص ٢٥٢.
- (24) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٨، الجزء الثاني ١٩٩٦ (مطابع)، ص ٨٦.
- (25) راجع رسالة د/عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ٤٠٦.
- (26) راجع في ذلك الدعوى رقم ١٥ لسنة ١١ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/١٢ والدعوى رقم ١٢ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/١/٤.
- (27) راجع نص المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا.
- (28) راجع حكم محكمة النقض المدني الصادر في ١٩٧٦/١/١٧، مجموعة أحكام النقض المدني، س ٢٧، ص ٢١٦، ص ١٣٧٧.
- (29) راجع د/صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية للرجع السابق، ص ١٩٩، ص ٢٠٠.
- (30) تنص المادة (٥٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه:
- يفرض رسم ثابت مقداره خمسة وعشرون جنيهاً على الماوى الدستورية ويشمل الرسم المفروض جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى شاملة إعلان الأوراق والأحكام.
- ويجب على المدعى أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفاية مقدارها خمسة وعشرون جنيهاً وتودع كفاية واحدة في حالة تعدد المدعين إذا رفعوا دعواهم بصيغة واحدة.
- وتقضى المحكمة بصحيفة المدعى إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت هذا الإيداع.
- يقبل قلم الكتاب صحيفة الدعوى إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت هذا الإيداع.
- وتنص المادة (٥٤) من القانون المشار إليه على أنه "يعفى من الرسم كله أو بعضه ومن الكفاية كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن الدفع بشرط أن تكون الدعوى محتملة للكسب ويضلل رئيس هيئة المفوضين في طلبات الإعفاء وذلك بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب ويكون قراره في ذلك نهائياً.
- ويترتب على تقديم طلب الإعفاء قطع اليماد المحدد لرفع الدعوى الدستورية.
- والحقيقة أن الشرع يمتنع من النص على جواز الإعفاء الجزئي من الكفاية والرسم إذ إن اللبغ من القلة بحيث إما أن يكون المدعى فقيراً فيعفى منه كله أو غير فقير فلا يعفى.
- راجع د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ١٥٧.
- (31) راجع اختصاص المحكمة الدستورية العليا للمستشار محمد نصر الدين كامل، عالم الكتب، ١٩٨٩، ص ٢٨.
- (32) سبق للمحكمة الدستورية العليا أن قضت " بأن الدعوى لا تكون قد انصلت بالمحكمة إذا كانت قد أحيلت إليها بعد قضاء محكمة جنوب القاهرة بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها استناداً إلى المادة ١١٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي توجب على المحكمة عند القضاء بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة وتلتزم المحكمة الحال إليها بنظرها. ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا قانون خاص يحكم الدعاوى والطلبات التي تدخل في ولاية هذه المحكمة ويحدد الإجراءات التي ترفع بها فلا يجوز اللجوء إلى قانون المرافعات وعلى ما تقتضيه المادة (٢٩) من قانونها إلا فيما لم ينص عليه فيه ويشترط ألا يتعارض وبطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.
- راجع الدعوى رقم ٤٠ لسنة ٧ ق دستورية، جلسة ١٩٨٧/١/٢، الجزء الرابع، ص ٩.
- (34) د/ محمد صلاح عبد البقيع سيد، قضاء الدستورية في مصر، المرجع السابق، ص ٧٤.
- (35) جاء بالذكر الإيضاحية للقانون ١٣١ لسنة ١٩٥٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي أنه "ونظراً لأهميتها خلع عليها صفة قضائية وحددت طريقة تشكيلها لكيلا لذوى الشأن من الضمانات ما يكفل لهم القضاء العادل في هذا النوع من المسائل فيثبت بذلك التوفيق بين مصالح الأفراد من جهة وبمصلحة الدولة في سرعة البت في مسائل ملكية الأراضي المستغلة عليها.
- وكذا نصت للذكر الإيضاحية للقانون ٢٨١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل المادة ١٣ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعي على أنه " ولأنك أنشئت لجنة قضائية وروی في تشكيلها أن تكفل لذوى الشأن من الضمانات ما تكفل لهم جهات القضاء
-
- (36) الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٢٦ ق نقض جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٢ - المكتب الفني ١٦-١٣٣٣.
- (37) للمحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٧ لسنة ١ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٢/٧، الجزء الأول، ص ١٦٠، و الدعوى رقم ٨ لسنة ١ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٢/٧، الجزء الأول، ص ١٧٢.
- (38) راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٨، المكتب الفني، ٢٦-٧٣٣.
- (39) راجع المحكمة العليا الدستورية، الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٧٦/٢/٧، الجزء الأول، ص ٢٢٨.
- (40) راجع المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٨٧٢ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٧٦/١/٢٦، المكتب الفني، ٢١-٢٣١.
- (41) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق دستورية، جلسة ١٩٨٢/٥/١٦، الجزء الثاني، ص ٥.
- (42) راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/١/١٩، المجلد الخامس الجزء الثاني، البتد ٧٠٦، ص ٢٤٧، ص ٣٤٨.
- (43) راجع عرض مسهب للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، المستشار محمد نصر الدين كامل، لاختصاص المحكمة

- الاستورية العليا ١٩٨٩ ، للرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها .
- (44) راجع الشرح التفصيلي لميكانيزمات التمييز من الهيئة للقضائية واللجنة ذات الاختصاص القضائي المستشار / محمد نصر الدين كامل ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ، للرجع السابق ص ٨٧-٩٦ .
- (45) قضت محكمة القضاء الإداري بأن لجان التقييد يجعلون للمامين ولجان تأقيدهم في لجان إدارية رغم أن تشكيلها مقصور على كبار رجال القضاء والمحاميين .
- راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٩٦ لسنة ٢٤٦/١٢/١٩٥٠-٥-٢٠٤ وراجع أيضا حكمها في الدعوى رقم ٥٠٠ لسنة ٢٩٦/١٢/١٩٤٩ للمكتب الفني ٢-٨٢٢ والذي قضت فيه بأن «لجنة الطعون في كشوف المرشحين للمعيار طبقا للقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٤٧ تعتبر لجنة إدارية رغم وجود عنصر قضائي في تشكيلها ورغم النص على أن قراراتها نهائية» .
- (46) قضت محكمة القضاء الإداري بأن المرسوم بقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٢ الذي أنشأ محكمة الفدر قصد إلى إنشاء هيئة قضائية لإدارية بالرغم من دخول عناصر غير قضائية في تشكيلها . راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٩٤ لسنة ٢٩٦/١٢/١٩٥٠ ، للمكتب الفني ٩-١٣ ص ١ .
- (47) قضت محكمة القضاء الإداري بأن محكمة الصعراء التي كانت تقضي في المسائل الجنائية فيما مضى في شبه جزيرة سيناء، والصعراوات الغربية والشرقية والجنوبية تعتبر هيئة قضائية رغم النص على أنها تعقد بأمر وزير الحربية وترفع استئنافاتها إليه للفصل فيها (راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١١١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٢٥ - المكتب الفني ١٠-٢١١ وكذلك فإن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي تعتبر محكمة رغم أن أحكامها تخضع بتصديق اللجنة العليا للإصلاح الزراعي (راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٩٦ لسنة ٢٩٦/١٢/١٩٥٠ ، المكتب الفني ١١-١٤٧) .
- (48) في سنة ١٩٥٥ أصدر القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التي يطرا عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ، وهذا القانون يفرض على بعض المدن والقرى مقابل تحسين على العقارات المبنية والأراضي التي تطرا عليها تحسين مقابل أعمال المنفعة العامة التي تجريها الدولة كإنشاء الطرق والمباني أو توسيعها أو تعديلها ، وكالتقييم بمشروعات مجار ، وإنشاء الكباري والمزقات والممرات السطحية أو تعديلها (المادتان ١ و٢ من القانون) .
- وعندما يتم عمل من أعمال المنفعة العامة ، التي يترتب عليها تحسين يصدر الوزير المختص قرارا يتضمن بيان هذا العمل وترتق به خريطة توضح حدود منطقة التحسين وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية كما يلصق في بعض الأماكن بالإعلان عنه (المادة ٤) ، وعندئذ تجري مصلحة المساحة مسحا لتحديد المقارات الداخلة في تلك المنطقة المحددة في القرار وتقوم بمسحها (المادة ٥) ، ويتخذ بعد ذلك لجنة من بعض القضاة لتقدير قيمة العقار الداخل في تلك المنطقة قبل التحسين وبمده (المادة ٦) ، وعندئذ يصبح قرار هذه اللجنة نهائيا بعد اعتماده من جهات الاختصاص ويعمل إلى نوى الشان الذين يحق لهم الطعن عليه خلال ثلاثين يوما من إعلانهم به وتقتل في هذا الطعن لجنة الفصل في الطعون المنصوص عليها في المادة (٨) من ذلك القانون، ويؤسسها أحد رجال القضاء ويجلس في عضويتها خمسة من الموظفين يعيّنون جهات مختلفة .
- وعيّن الطعن بصدور الجلسة بكتاب موصى عليه مصحوب بطم وصول ليحضر الجلسة بنفسه أو يستعين بمحام ويقيم دفاعه لائلا بتصدر اللجنة قرارها في الطعن مسبق (المادة ٩) و (الفقرة الأخيرة من المادة ٨) .
- وبصدور اللجنة المذكورة قضت المحكمة الإدارية العليا بأنها يظلم على تكوينها العنصر غير القضائي مما لا يطمأن معه لتوافر الضمانات الأساسية في التقاضي، مما لا يمكن معه اعتبارها قاضيا طبيعيا يتحقق به الحق الدستوري لكل مواطن في الانتجاع لقاضيه الطبيعي طبقا لما كفله الدستور في المادة (١٨) منه من صون لحق التقاضي وضماناته .
- ومن هنا فإنها تعتبر لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي خصوصا وإن الاستفادة من نص المادتين ٨ و٩ من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ أنها تصدر « قرارات » نهائية ولا تصدر أحكاما . ولا يغير من هذا النظر تنظيم بعض الإجراءات أمام اللجنة على نسق بعض من الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم ، ذلك أن هذا التنظيم نتيجة طبيعية لما يناط بهذه اللجنة الإدارية من اختصاص قضائي . وإن كانت اللجنة لا تعتبر مع هيئة قضائية تصدر أحكاما . ومن ثم فإن جهة القضاء الإداري تختص بنظر الطعون في القرارات الصادرة من هذه اللجنة .
- راجع للحكمة الإدارية العليا القضية ٢٨٢ لسنة ١٩٧٨/٤/٨ ، مجموعة الخمسة عشر عاما لأحكام المحكمة الإدارية العليا ص ١٦٢ وفي ذات الاتجاه حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٦ - المكتب الفني ٢٧-١٤٨٤ .
- هذا وكانت المحكمة العليا قد قضت بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٩٠ ق فتنازع =
- = جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - القسم الثالث - ٢٢٢ بأن اللجنة سالفة الذكر هي هيئة قضائية ذات اختصاص قضائي .
- وقد أعادت المحكمة الدستورية العليا تأكيد ذات البنى وذلك عندما دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم قبول إحدى الدعاوى الدستورية أمامها استنادا إلى أن اللجنة المذكورة لاتعتبر من المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي، إذ قررت المحكمة أن هذا البغ مردود بأن الذين من استنفاء أحكام القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه ، بأن الشرح قد ناط باللجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة من هذا القانون ، اختصاص الفصل في الطعن في قرارات تقدير مقابل التحسين ورأى في تشكيل هذه اللجنة أن تكون برئاسة رئيس المحكمة الابتدائية ، وحرص على تقرير ضمانات التقاضي وإجراءاته أمامها من إعلان نوى الشان وسماح دفاعهم ، وعدم اشتراك من تكون له أو لنويه مصلحة في النزاع ، ومصدر القرار مسبقا (لوائد ٧، ٨، ٩ من هذا القانون) .
- ومن ثم تعتبر هذه اللجنة هيئة ذات اختصاص قضائي في تطبيق أحكام المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٩ ، راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٨ ق

- دستورية، جلسة ١٩٨٨/٧/٤، الجزء الرابع، ص ١٣٤ .
- (49) قضت المحكمة الدستورية العليا بإلغاء قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التي تنطبق بها ، إنما يقوم على مجموعة من العناصر التي لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي ، ولكنها تعين على إيراد الخصائص الرئيسية للعمل القضائي من بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أية جهة عهد إليها للمشرع بالفصل في نزاع معين ، يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حياديتها عند الفصل في النزاع ، ومنع من إلقاء غيريتها في مواجهة أطرافه . وفي كل حال يتعين أن يثير النزاع للطرح عليها ادعاء قانونيا يبلور الحق في الدعوى كرابطة قانونية تنمقد الخصومة القضائية من خلالها ، ويوصفها الوسيلة التي عنها للمشرع لاقتضاء الحقوق للدعي بها وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محدد بما لا يخل بالضمانات القانونية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها ، وعلى ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفا ، ليكون القرار الصادر مع النزاع مؤكدا للحقيقة القانونية ، مبلورا لمضمونها ، لتفرض نفسها على كل من الزمة للمشرع بها بافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة .
- راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٩٧٢ في دستورية، جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ ، سالف الإشارة إليها ، المجلد الخامس الجزء الثاني، ص ٢٤٧ .
- (50) راجع الدعوى رقم ٢ لسنة ٥ ق تنازع ، جلسة ١٩٨٤/٧/١٦ ، الجزء الثالث ، ص ٤١٥ ، والدعوى رقم ٥ لسنة ٦ ق تنازع جلسة ١٩٨٧/١/٣ ، الجزء الرابع ، ص ٤٢٧ .
- (51) راجع في ذات المعنى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ سالف الذكر، المجلد الخامس الجزء الثاني ، ص ٢٤٦ بند (٤) .
- (52) راجع الدعوى رقم ٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/٧/٤ ، الجزء السادس ، ص ٨٥٦ .
- (53) راجع د/ عبد العزيز سالان، رسالة رقابة دستورية القوانين ، المرجع السابق، ص ٢٣٣ .
- (54) راجع د/ رمزي الشاعر، لنظرية العلة، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .
- (55) راجع الدعوى رقم ٣١ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/٧/١١ ، الجزء الثاني ، ص ١٣٦ .
- (56) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ٦ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١ ، الجزء الثالث ، ص ٣٦٢ - ٣٦٣ .
- (57) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/٥/١٦ ، الجزء الثاني، ص ٥٣ .
- (58) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ٤١٤ .
- (59) الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٧/٧/٤ .
- (60) راجع د/ محمد صلاح عبد البيع ، قضاء الدستورية في مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢ - ١٩٩٤ ، ص ٨٤ - ٨٥ .
- (61) راجع الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/٧/٢٠ ، الجزء السادس ، ص ٢١٥ - ٢١٦ .
- (62) يلاحظ أن فكرة النص الساقط لم تكن واضحة في ذهن المحكمة ابتداء حيث كانت تقضي بإدعاء بعدم دستورية ومثال ذلك ما قضت به المحكمة من أنه «لا كانت باقي مواد هذا القانون (رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١) مترتبة على مادته الأولى بما مؤداه ارتباط بعض القوانين ببعضها البعض ارتباطا لا يتقيد الفصل أو التجزئة . ومن ثم فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط - أن يلحق ذلك الإبطال باقي نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته .
- راجع الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٢٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/٧/١١ ، الجزء الثاني ص ١٤٧ .
- وفي قضية أخرى قضت المحكمة بأن «القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون فيه» = إذ نص في مادته الأولى على «إزالة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ للمعدل له إلى الدولة دون مقابل ، يكون قد جرد ملك تلك الأراضي المستولى عليها من ملكيتهم لها بغير مقابل فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة ٢٤ من دستور سنة ١٩٧١ والمادة ٣٦» .
- وكانت المادة الثانية من القرار بقانون المشار إليه تنص على أن يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون و تنص المادة الثالثة والأخيرة على أن «ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره» .
- وبصدور هاتين اللتين رأت المحكمة أنهما متربتتان على المادة الأولى ومن ثم «فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط أن يلحق ذلك الإبطال باقي نصوص هذا القرار المطعون فيه بما يستوجب الحكم بعدم دستورية برمته» .
- راجع الدعوى رقم ٢ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/٧/٢٥ ، الجزء الثاني ، ص ١٦٧ . ولاشك في أن مسلك قضاء المحكمة الحديث في التفرقة بين النص الباطل والساقط هو الأصوب من الناحية الفنية .
- وللاحظ أن هذه التفرقة في بلاد أخرى لم يتم التوصل إليها ومن ذلك لبنان . (البحث)
- (63) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٢/٢٣ مجموعة المطابع الأميرية ١٩٩٦ ، الجزء الثاني ، ص ١ ، وقد تم استعراض الأسباب التي قام عليها الحكم ص ٣٩٨ - ٤٠٠ من هذه الرسالة وذلك عند تناولنا بالتجليل لقضاء المحكمة التشريعي .
- (64) توجد أحكام أخرى قضت بسقوط بعض النصوص نذكر من ضمنها الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ حيث قضت المحكمة «أولا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢ مكررا والمادة ٣ مكررا من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٨ بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي المعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٨ و١٣ لسنة ١٩٨٤ . ثانيا بسقوط أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣ مكررا والمادة ٢ مكررا (١) والمادة ٣ مكررا (٢) والمادة ٣ مكررا (٤) والمادة ٣ مكررا (٥) والبنود (٤) من المادة (٣١) من قانون الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ .

وكذا الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٠ دستورية جلسة ١٩١٦/١٠/٥ حيث قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وبسقوط فقرتها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكر (ب) من هذا القانون .

= وكذلك حكم المحكمة في الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١ والذي قضى أولا بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ من قانون العقوبات ، من معاقبة رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر إذا لم يكن شمة رئيس تحرير بوصفه فاعلا أصليا للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته ثانيا بسقوط فقرتها الثانية .

وسبب إسقاط هذه الفقرة مبره كما سلف وأوضحنا ارتباطها بصورة لا تغفل التجزئة بالنص المقضى بعدم دستوريته إذ كانت تنص على الإعفاء من المسئولية الجنائية في حالتين :

١ - إذا ثبت أن النشر حصل دون علمه ، وقدم سند بده التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر .

٢ - أو إذا أرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة ، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته ، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر .

(65) راجع كتاب مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة/ ترجمة د/ رائد السمرة، مركز الكتاب العربي، ص. ٥٠ - ٥٧ (66) المرجع السابق ص ٥١ - ٥٢ .

(67) يوجد بالولايات المتحدة أيضا ما يسمى بالمحاكم الخاصة ذات الاختصاص المحدد مثل محكمة الإعاقات وهي محكمة تختص بالنظر في الجرائم المرتكبة ضد الدولة ومحكمة التجارة الدولية ، ومحكمة للضريبة والمجالس القضائية الإدارية الفيدرالية وإن كانت الأخيرة ليست محكمة بالمعنى الفني .

راجع في تفاصيل أكثر عن التنظيم القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ، رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق ص ١٨٦ وما بعدها .

(68) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة لل دستور الأمريكي على أنه " تستمد السلطة القضائية إلى جميع القضايا، طبقا للعمل والقانون، والتي تنشأ في ظل هذا الدستور ، وقوانين الولايات المتحدة، والمعاهدات التي أبرمت أو التي ستبرم طبقا لسلطاتها وإلى جميع القضايا الداخلة في اختصاص الاميرالية والبحرية - وإلى المنازعات التي ستكون في الولايات المتحدة طرفا فيها وإلى المنازعات بين ولايتين أو أكثر ، وبين ولاية ومواطني ولاية أخرى ، وبين مواطنين لولايات مختلفة وبين مواطني الولاية الواحدة الذين يدعون ملكية أراض بموجب منح صادرة من ولايات أخرى ، وبين ولاية أو مواطنيها ومواطنيها ، أو مواطني دول أجنبية أو رعيايا لأجنبي .

- وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل وتلك التي تكون إحدى الولايات طرفا فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية وفي جميع القضايا الأخرى التي ذكرت من قبل ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الاستئنافية ، سواء من ناحية القانون أو ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد " .

(69) هذا ويأتي الاقتناع عادة حال انطواء التقلم على ما يفيد وجود نزاع بين محاكم الاستئناف الفيدرالية في دوائر قضائية مختلفة ما وجود تعارض ما بين حكم المحكمة العليا بالولاية والمحكمة العليا للولايات المتحدة . راجع في ذلك كتاب مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة ، ترجمة د/ رائد السمرة ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(70) راجع :

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op.cit. p. 88-89.

(71) راجع :

William J. Brennan, Jr., The National Court of Appeals : Another Dissent , University of Chicago Law Review 40 (Spring 1973) : p. 480 .

(72) راجع في التفاصيل

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. p.90-93.

(73) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢ دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، للدعوى رقم ١٥ لسنة ١٥ دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧

(74) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢ دستورية، جلسة ١٩٩٤/٥/٧ سالف الذكر .

(75) راجع الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٥ دستورية جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ ، الجزء السادس (مطبع) ، ص. ١٤ .

(76) في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٥ ق دستورية سالف الذكر كان القرار للمحكمة فيه صادرا من البنك الأهلي المصري 'يرغم سعر الفائدة على أحد القروض بما يزيد عن ٧/ واعتبرته المحكمة من غير القرارات الإدارية التنظيمية لتخرج المنازعة في شأنه بحق عن ولاية المحكمة للدستورية العليا ، إلا أن الدعي في الدعوى الدستورية طعن أمام هيئة المفوضين بعدم دستورية المادة ٢٦ لسنة ١٩٢٢ مدني بمقولة مخالفتها للمادة الثانية من الدستور ، واعتبرت المحكمة أن ذلك ملغنا =

بالطريق المباشر وغير مقبول ، وإذا كانت ظروف الدعوى السابقة تجيز أن تتناول الأسباب شروط القبول إضافة لشروط الاختصاص إلا أنه في دعاوى أخرى لا يوجد مثل هذا التبرير مثل الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٩٤١ حيث نعى فيها الدعوى على القرار بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٦ بشأن تكريم كبار قادة للواءات المسلحة خلال حرب أكتوبر مخالفة للدستور باعتباره الأحق والأجدر بالتقدير ، واعتبرت المحكمة بحق أن عناصر التقويم تدور جميعها -ابتداءً وانتهاءً - حول مسار العمليات الحربية وتتأرجحها ، وقد إسهام كل من لقائتها فيها ، وهو الأمر الذي لا تملك المحكمة بتقديره لغياب الوسائل القضائية التي توازن بها ، ومن ثم انتهت المحكمة إلى عدم الاختصاص ، وفي أسباب حكمها أشارت إلى

- انتفاء مصلحة المدعى من دعواه وهي شرط لقبول دعواه الدستورية إذ إن الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون في مجمل أحكامه ، يعني تجريدها من قوة نفاذها ورواها الآثار القانونية التي رتبها لتتولد عما فلا تولد حقا لأحد ، ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعى ولا غيره ولتتقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - بعامتها ...
- راجع في التفاصيل حكم المحكمة في القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/١٩.
- هذا وسوف نتناول فكرة عدم الاختصاص بتفصيل أكبر عند دراستنا للقيد الذاتي .
- (77) راجع الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١/١٩.
- (78) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، الجزء السادس ، ص ٢٦٠ وقد انتهت المحكمة فيها إلى انتهاء الخصومة.
- (79) راجع الحكم بمجموعة المطابع الأميرية ، الجزء الثاني ١٩٩٦ ، ص ١٠١.
- (80) راجع أيضا الدعوى رقم ٦١ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ ، مجموعة المطابع الأميرية ، ص ٥١.
- (81) تنطبق ذات القاعدة حال رفض الدعوى للحالة .
- راجع في ذلك على سبيل المثال - الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ١٠٧ .
- (82) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٢/١ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ٢٠٦.
- (83) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١ .
- (84) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٢/١/٧ .
- (85) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه :
- « لما كانت الفقرة ١٢ من المادة (٨) من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المعملة بالقرار بقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٩ والتي اشتركت أعضاء من مجلس الشعب في تشكيل الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا - الملموعين بعدم دستوريتهما - قد علقت بعد رفع الدعوى بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الذي استبدل بهذا التشكيل تشكيلا جديدا يضم إلى أعضاء المحكمة عددا مماثلا من الشخصيات العامة بدلا من أعضاء مجلس الشعب ، وكان هذا التعديل قد أحدث أثره فبرئ نفاذ القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ باعتباره - في هذا الخصوص - من القوانين المنظمة لإجراءات التقاضي التي تسري بآثر فوري على مالك يكن قد فصل فيه من دعوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات ، فعل بذلك التشكيل الجديد محل التشكيل الملغى موضوع الطعن ، ومن ثم تكون مصلحة المدعي في دعواه الراهنة قد زالت وتكون الخصومة المعلقة غير ذات موضوع الأمر الذي يضمن معه الحكم باعتبارها منتهية .
- راجع في ذلك الدعوى رقم ٨ لسنة ٢ ق دستورية جلسة ١٩٨١/١٢/٥ ، الجزء الثاني ص ٥ .
- (86) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧ .
- (87) راجع في ذات المعنى الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧ .
- (88) راجع هذا المعنى بالدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٥/١٥ والدعوى رقم ٤١ لسنة ١٧ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/١٠/٥ .
- (89) راجع الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٢/٩/٥ .
- (٩٠) راجع الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/١٠ .
- (91) ومن أمثلة هذا التخفف أن مدعيا رفع دعواه الدستورية طالبا الحكم بعدم مشروعية نص قانوني ، فنقضت هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر تلك الدعوى إذ إن جهة القضاء الإداري دين المحكمة الدستورية هي التي يدخل بحث المشروعية في ولايتها ، وهنا قضت المحكمة بأن الدفع غير سديد تلميها على أن العبرة بما قصد إليه المدعي حقيقة وتوخاه من دعواه ، ولا اعتداد بالمعارات التي توصل بها للدلالة على مراميه إذا كانت معالجة في ميثاقها للمعنى الذي أرادها منها .
- راجع في ذلك الدعوى رقم ٦٨ لسنة ٤ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٣/٧ .
- (92) راجع الدعوى رقم ١١ لسنة ١٥ ق تنازع ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ .
- (93) راجع الدعوى رقم ٣ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/٢/٥ ج ٦ ، ص ١٥٠ .
- (94) راجع ص ٢١٢ - ٢١٧ من هذه الرسالة .
- (95) تنص المادة ١٩٦ من قانون للتجارة على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس الدين للفلس أو طلب مدائنيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية ... » وللقصد بالوكيل عن الحضرة الخديوية النيابة العامة .
- (96) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٨/٧/١٠ ، مجموعة ١٥ عاما ، الجزء الأول ، ص ١٢٩ - ١٤٠ .
- (97) درج مجلس الدولة على القضاء باختصاصه بالفصل في طلب إلغاء قرار النيابة العامة الصادر في منازعات الحيازة بشرط ألا ينطوي الأمر على جريمة من جرائم الحيازة وذلك قبل العمل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ - في ذلك راجع المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٦ المكتب الفني ، لسنة ٢٣١ العدد الأول ، ص ٥٦ .
- وبعد العمل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تغير الأمر فأصبح مجلس الدولة ينظر إلى تلك القرارات بوصفها من قبيل الأعمال القضائية بصيغتها يجب عرضها على القاضي الجزئي المختص ليصدر قرارا مسببا خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتليدها أو بغيرها .
- راجع في ذلك ، الموسوعة الإدارية ، الجزء ٢٥ ، ص ٤٩٥ .
- (98) راجع د/ صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية ، للرجع السابق ، ص ١٢٩ .
- (99) تنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على أنه « يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا

في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأسيسية وذلك في الأحوال الآتية : ١ - ٢ -

وكون لدى الشان ورئيس هيئة مفوضي الدولة أن يطعن في تلك الأحكام خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليه القانون فيها الطعن في الحكم.

أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري في الطعون المقامة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس مفوضي الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره.

(100) مما يؤيد رأينا ماقتض به المحكمة الإدارية العليا إبان عهد المحكمة العليا، والذي كان يقرر طريقة وحيدة لتحريك دعوى الدستورية وهي الدفع، بأن المستفاد من نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ أن الدفع بعدم الدستورية إنما يبدى من أحد الخصوم في الدعوى ولما كانت هيئة مفوضي الدولة طبقا لأحكام قانون مجلس الدولة لا تعتبر خصما في المنازعة لأنها ليست طرفا ذا مصلحة شخصية فيها - يترتب على ذلك أنه إذا كان الثابت أن الطاعن لم يدفع في أي مرحلة بعدم دستورية أي نص في قانون تنظيم الجامعات فإنه لا محل لأن تتصدى المحكمة للمتعقب على ما ورد بتقرير هيئة مفوضي الدولة بشأن عدم دستورية بعض مواد قانون تنظيم الجامعات.

راجع الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (١٤)، ص ٢٣٧، ٢٣٨. ويظهر من الحكم الآنف أن المحكمة تتكلم عن الأحوال المعتادة لدور هيئة المفوضين وليس الأحوال الاستثنائية التي تعد فيها خصما.

(101) راجع الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية (٧ لسنة ٩ ق عليا)، جلسة ٥/٤/١٩٨٥، الجزء الثالث، ص ٢٠٩.

(102) راجع الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٥ ق جلسة ٥/٧/١٩٨٨.

(103) الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق جلسة ٥/١٥/١٩٩٢.

الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٠ ق جلسة ٥/١٥/١٩٩٢ ج ٢/٥ ص ٢٩١.

الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٩ ق جلسة ٥/٤/١٩٩١

(104) راجع الدعوى رقم ٧٣ لسنة ٦ ق جلسة ٤/١٨/١٩٩٢.

(105) راجع المستشار/ محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص ١١٤.

(106) د/ عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، للرجع سابق، ص ٤٤٩.

(107) في هذا المعنى، الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ ق دستورية، جلسة ١١/٦/١٩٨٢، الجزء الثاني، ص ١٢٧.

(108) راجع الدعوى رقم ١١٧ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ٢/٢/١٩٨٤، الجزء الثالث، ص ٧٦ حيث كانت محكمة الأمور المستعجلة قد نظرت الدعوى التي دفع فيها المدعي بعدم الدستورية وبمحتة ميحادا غاية ٥/٤/١٩٨٤ فلم يرفع دعواه الدستورية إلا في ٨/٤/١٩٨٤، وكان شخصان قد تدخلتا انضماميا إلى الدعي فرفضت المحكمة بانتفاضه بطريق اللزوم تبعا لانقضاء الدعوى الأصلية.

(109) الدعوى رقم ٥ لسنة ٤ ق تنازع جلسة ١/٧/١٩٨٤، الجزء الثالث، ص ٣٦٧.

(110) في هذا المعنى، الدعوى ١٢٩ لسنة ٤ ق دستورية، جلسة ٣/٥/١٩٨٦، الجزء الثالث، ص ٣٢٥.

(111) راجع الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١/٦/١٩٩٢، ج ٦، ص ٧٤.

وأيضا الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق، ج ٢، ص ٢٠٩ حيث قضت المحكمة بأن رئيس الجامعة هو صاحب الصفة في الادعاء باسم جامعة الأزهر ومن ثم قبلت دعواه.

(112) راجع في هذا الاتجاه حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٩٩٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٦٨، لسنة ١٤، ص ١٣١.

(113) قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءات الخصومة فإذا باشر الدعوى من ليس أهلا لباشرتها كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة فيها هي التي يمكن أن يلحقها البطلان.

راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوتين ٥٩١، ٦١٣ لسنة ١٥، جلسة ٢١/٤/١٩٧٣، مجموعة الخمسة عشر ٤ عاما، الجزء الثاني، ص ٩٧٦.

راجع في هذا الاتجاه د/يسرى محمد العصار، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٨٤، ٨٤.

(114) راجع الخلاف حول شرط الأهلية، مستشار محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا المرجع السابق، ص ١١٤.

(115) راجع حكم المحكمة العليا الدستورية في الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ ق، جلسة ٣/٦/١٩٧٦، الجزء الأول، ص ٣٤٥.

(116) راجع في هذا الاتجاه د/ يسرى محمد العصار، شرط المصلحة، دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص ١١٣.

الباب الثالث

تحليل الرقابة على دستورية القوانين
في القضاء الدستوري الأمريكى والمصرى

تقسيم:

إن أى دراسة للقضاء الدستوري يجب حتى تزداد ثراءً ألا تخلو من تحليل لأحكام ذلك القضاء، ونرى أن هذا التحليل العلمى المقارن هو أهم ما فى أى دراسة تكون لذلك القضاء.

وبالنسبة لدراستنا هذه فقد عمدنا إلى انتقاء مجالات محددة لأحكام المحكمة العليا فى الولايات المتحد الأمريكية تعتبر فى رأينا - هى الأهم - ولم نعتمد إلى الإسهاب بالنسبة لأحكام هذه المحكمة قاصدين فحسب إظهار الطابع الحالى المتحفظ للمحكمة المعاصرة والتي يترأسها رئيس القضاء رنكوست .

أما بالنسبة لحكمتنا الدستورية العليا فقد اخترنا مجالات أربعة رئيسية للأحكام ، أسهبنا فى شرحها مع مراعاة أمرين رئيسيين، التطور الزمنى للأحكام، والتركيز الدقيق على فترة التسعينات وذلك لإظهار الطابع الحالى لحكمتنا الذى يبين منه تحررها وأنها إلى الإقدام أقرب .

وبالطبع لم تغلق الباب أمام المقارنة بين كثير من المجالات فى كلا البلدين بون التزام بالمقارنة الدقيقة فى كل مجال، منعا من الإطالة من ناحية، ولأن إظهار الطابع العام المتحفظ أو المتحرر لكل محكمة هو الأكثر أهمية، إذ عن طريقه يمكن توقع الاتجاهات المستقبلية للأحكام.

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا لهذا الباب مقسمة على النحو الآتى :

الفصل الأول : التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية لدستورية القوانين.

المبحث الأول : الحرية الدينية .

المبحث الثانى : القيم العائلية.

المبحث الثالث : حق الملكية .

المبحث الرابع : المساواة.

المبحث الخامس: حقوق المتهمين الجنائيين.

المبحث السادس: الفصل بين السلطات.

المبحث السابع : الفيدرالية.

الفصل الثانى : اتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى ممارستها للرقابة على دستورية القوانين .

المبحث الأول : مجال الحقوق السياسية.

المبحث الثانى: المجال الاقتصادى .

المبحث الثالث : مجال الحقوق الجنائية.

المبحث الرابع : مجال الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية لدستورية القوانين

المبحث الأول الحرية الدينية

تمهيد:

نص التعديل الأول من الدستور الأمريكى على أنه لن يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية التعبير أو الصحافة أو يحد من حق الناس فى عقد اجتماعات سلمية، وحقهم فى التماس إنصاف من الحكومة من ضيم وإجحاف.

وقد اعتبر أن ما ورد بهذا الفصل يعد أساسا لضمان الديمقراطية الحقيقية، وبغير تلك الضمانات يغدو ما ورد من ضمانات ببقية وثيقة الحقوق «التعديلات العشر الأولى بالدستور» فارغا من أى مضمون، وهذا ما ذكره القاضي هيوجولاك⁽¹⁾ والذي هو من أكثر الدارسين للتعديل الأول إذ صرح فى معارضة شديدة اللهجة لأحد الأحكام بأنه يؤمن دوماً بأن التعديل الأول هو الحجر الأساسى للحكومة الأمريكية، والحريات التى يضمها تمنع من تحطيم كل الحريات.

ومثال ذلك أن أحد الصحفيين أذاع بشبكة "CNN" تسجيلات الحكومة لتساوٍر الجنرال المخلوع نوريجيا « ملك المخدرات » مع الحامين المدافعين عنه بحسبان أنه يعد إخلالا بحق المذكور فى محاكمة عادلة ، وقيل إنه إذا كانت الحكومة تستطيع أن تفعل ذلك مع الجنرال البانمى المخلوع فإنها تستطيع أن تفعله بسهولة أكبر مع أى مواطن .

والمعنى أنه ما كان يمكن الدفاع عن حقوق نوريجا بدون حرية الصحافة. وبداخل التعديل الأول يوجد تدرج فى النص على الحقوق فهوردت الحرية الدينية أولا ثم حرية التعبير والصحافة ثم حق

الناس في عقد اجتماعات سلمية الخ، وهناك خلاف حول قيمة هذا التدرج ومعناه من حيث الأهمية، ولم يترك واضعو الدستور سجلا مكتوبا يحسم هذا الأمر، ولكن بلا جدال فإن الحرية الدينية محل هذا المبحث من الأمور ذات الأولوية في المخطط الدستوري.

وسوف ندرس في هذا المبحث قضيتين توضحان موقف محكمة رنكوست تماما من هذا الأمر.

المطلب الأول

قضية (2) **Lyng. v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n**

الفرع الأول: وقائع القضية

وتلخص وقائع هذه القضية في أن منطقة تسمى **Chimney Rock** تعتبر مقدسة بالنسبة للقبائل الهندية في كاليفورنيا، إذ يوجد بها ما يقرب من خمسة آلاف هندي أحمر يؤمن بقدسيته ويسمون بها الوطن الأعلى **high country** وذلك نتيجة لخصوصيتها وصمتها وطبيعتها الهادئة المناسبة لإقامة الشعائر الدينية والروحية.

وكان جهاز خدمة الغابات بالولايات المتحدة قد اقترح إقامة طريق بها، فحذر من أن بناء الطريق بتلك المنطقة سوف يشكل خطرا غير قابل للإصلاح للمنطقة المقدسة التي يؤمن بها الهنود الحمر، إلا أن الجهاز رفض هذه التحذيرات وخطط لبناء الطريق بعيدا قدر الإمكان عن المناطق المقدسة المستخدمة فعلا من قبل الهنود واعترض على ذلك العديد من الهنود بأشخاصهم ومنظماتهم وكذا منظمات حماية البيئة ومجلس مدينة كاليفورنيا، وتوحدوا لرفع قضية ضد قطع الأشجار وبناء الطريق بالقرب من المواقع المقدسة، وكسبوا الدعوى أمام المحكمة المركزية وأثناء نظر الاستئناف أصدر الكونجرس قانونا حمى به أجزاء المنطقة المقدسة من أي نشاط تجارى شاملا حصد الأشجار عدا الانتزاع الذي يقوم به جهاز خدمة الغابة لد الطريق .

ورغم ذلك أيدت محكمة الاستئناف حكم أول درجة، من أن البناء ينتهك فقرة حرية ممارسة الدين الواردة بالتعديل الأول.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا أخذت اتجاها معاكسا.

وقد كتب هذا الحكم القاضي ساندراي أوكتر، وينى على ركيزة الإقلال من تأثير بناء الطريق على قدرة الهنود الحمر على ممارسة ديانتهم، وأن الطريق بعيد قدر الإمكان عن الأماكن المقدسة، ومن ثم فهو أضعف وأقل البدائل المتاحة تأثيرا على تلك الأماكن.

وقد تألم الهنود كثيرا من هذا الحكم خاصة وأنه كان يشير في أسبابه إليهم بكلمة **Indians** ولم يشر إلى كلمة **Native American** أي الأمريكيين الأصليين أصحاب الأرض.

الفرع الثاني: تقييم الحكم

انتقد الكثير من الفقهاء هذا الحكم تأسيسا على أن فيه إهمالا كبيرا لمجال الروح عامة ومكانة

البيئة الطبيعية لممارسة ديانة الهنود الحمر. وإنه وإن كان لا يطلب من القضاة أن يؤمنوا بديانات الهنود الحمر ومفاهيمها إلا أنه كان عليهم أن يركزوا في الأمر حتى يستخلصوا الجانب الروحي فيها ومدى تعلقه بالأرض.

فمفهوم الأرض عند الغرب يعني الاستيطان فيها إضافة إلى استغلالها وإمكان التغيير في شكلها وكنهها تحقيقاً لأكبر استثمار لها وإمكان تحقيق التطور التقني ، بينما مفهوم الهنود الحمر مختلف تماماً إذ يرى الهندي أن ديانته ووجوده وعشيرته تقوم على عدم انتهاك القوانين الطبيعية والحفاظ على الأرض بحالتها والمصادر الطبيعية حتى يمكن إقامة الاحتفالات الدينية ، ومن ثم لا يجوز وضع عوائق تمنع الوصول إلى الأماكن المقدسة.

وقد فهم القضاة المحتجون على الحكم - برينز - مارشال - بلاكمان، هذا الأمر تماماً ورأوا الفارق بين المبادئ الدينية للرجل الغربي والهندي الأحمر، فبينما العقيدة هي أساس إيمان الرجل الغربي فإن إيمان الهندي يقوم على أساس من الارتباط المتشابك والمعقد بالأرض واستعمالها وقديستها وقد رأوا أن المحكمة لم تدرس الاختلاف وفق أى من صوره (3)، (4) .

وكرر فعل لهذا الحكم بدأت لجنة مختارة من قبل مجلس الشيوخ لشئون الهنود الحمر في إعداد تعديل لقانون حرية ممارسة ديانة الهنود الحمر لضمان عدم تقييد الديانة من قبل إدارة الأراضي الفيدرالية، وقد استمعت اللجنة لشهادة بعض رؤساء العشائر الهندية حيث أكد أحدهم على أن الحكم السالف كارثة على الحرية الدينية ، إذ يؤدي لحرمان الهنود من الحماية المعطاة لغيرهم من الأمريكيين، ويحرمهم من أراضيهم التي تقوم عليها ديانتهم منتهاكاً بذلك التعديل الأول للدستور إذ الهندي الأحمر يرى الرجل والطبيعة والديانة ككيان متكامل ويتم تنمية الروح الإنسانية عن طريق علاقة شخصية بهذه الأماكن، فإن تغييرت الأماكن المقدسة مع التطور فإن ممارسة الديانة الهندية سوف تتعرض للخطر، كما لا يعد مقبولا الادعاء بإمكان نقل هذه الأماكن إلى مواقع أخرى أكثر ملاءمة (5).

وإذا كان لنا أن ندلي بدلونا فإن المرء لا يستطيع أن يحكم على الأمر إلا بنظرة المسلم الراضى لكافة أشكال الوثنية، ورغم أن وجهة نظر المحكمة لاعلاقة لها بوجهة نظرنا الشخصية ومن الطبيعي حدوث اختلاف (6)، إلا أننا نرى أنها حرمت نفسها من التحقق من صحة الادعاءات الدينية المقدمة أمامها، كما لم تحاول تعريف كلمة الدين " Religion " ، وهو الأمر الأولى اللازم التثبت منه حتى يمكن البحث في فكرة حرية ممارسته.

المطلب الثاني

قضية (7) Employment Division v. Smith

يوجد مذهب بأمريكا يسمى الـ "Peyote" ويعتمد على الممارسة التأملية التي تصل في أقصاها إلى الهلوسة ، وتختلف باختلاف الناس، ويؤمن الهنود الحمر بهذا المذهب بحسبانيته يمكنهم من الهروب من آلام الحياة ويعطيهم شعوراً مؤقتاً بالسلام والتجانس في عالم ملئ بالفقر والعوز والاحتياج.

وقد ظهرت هذه العقيدة في القرن التاسع عشر، وفي بداية القرن العشرين تم عمل قانون أخلاقي يحكم المؤمنين بهذا المذهب يسمى *Peyote Road*، ويقوم على المحافظة على قيم أخلاقية معينة مثل الحب الأخوى والإخلاص الزجى والعمل الجاد والمسئولية العائلية وتجنب الكحوليات نهائياً، وذلك كله كأساس للعيش بسلام في ذلك العالم المليء بالمشاحنات.

وتتلخص وقائع القضية في أن اثنين من الهنود الحمر المسيحيين أمنا ببعض المبادئ التي يفرضها مذهب الـ "*Peyote*" فأقاما بعض المسالك الاحتفالية المتعلقة بهذا المذهب، مما أدى إلى فصلهم من وظائفهم وعدم إقادتهم من تأمين البطالة بالنظر لأن فعلهم السالف يشكل جريمة جنائية ضمن قانون ولاية أوريغان التي كانوا يعملون بها .

وقضت المحكمةتان الابتدائية والعليا لصالح المدعين بحسبان أن ذلك القانون الذي جرم أفعالهما غير دستوري لمخالفته لفقرة الممارسة الحرة للدين.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا للولايات المتحدة كتب رأي الأغلبية القاضي سكاليا، وفيه ألقى حكم المحكمة العليا بأوريغان ورفض الاستمسك بالسوابق المقررة سلفاً من المحكمة العليا ومنها سابقة *Sherbert* حيث أكد أنها تتعلق بعدم إمكان التوافق مع التنظيمات الوظيفية نظراً لمعتقدات دينية عديدة حال كون السلوك لا يشكل جريمة جنائية، أما حال كون السلوك جريمة جنائية وفق حق الولايات في تنظيم الأمر فهنا يكون الفصل صحيحاً ولا يستحق تأمين البطالة⁽⁸⁾ .

وقد رأى بعض الفقهاء أن هذا الحكم انتكاسة لحق الممارسة الحرة للدين، وأنه لو ترك أمر تأثيم الممارسات الدينية للهنود الحمر للولايات، فسوف يكون من الصعب إقناع المشرعين بالولايات بعدم تأثيم الأفعال التي تشكلها هذه الممارسات، كما أن هناك احتمالاً بعدم المساواة بين الولايات في معالجة الأمر.

وبفرض وجود تأثيم جنائي فإن الأمر بالنسبة للهنود الحمر يستحق الإعفاء، إذ توجد نواحيه قياساً على حالة الإعفاء المقررة للطائفة المسماة *Amesh* من المسئولية الجنائية الناجمة عن الإخلال بالتعليم الإجباري والذي تم سنة ١٩٧٢.

وعلى فرض أن هناك تأثيماً للكحوليات وأن التأثيم الدستوري لها قد عاد ثانية، فإنه من الطبيعي ألا يمس الإعفاء المقرر لأسباب دينية كما هو الحال في الطقوس الشهيرة « بالناولة ».

ويبدو أن القاضي سكاليا وأغلبية محكمة رنكوست يرون أن فقرة الممارسة الحرة للدين لو تم التوسع فيها فسوف يؤدي ذلك إلى تدمير المجتمع.

ويرى البعض أن القضيتين الآنفتحتين تعيران حقاً عن اتجاه محكمة رنكوست العدائي للممارسة الحرة للدين عامة وللهنود الحمر خاصة، بحيث إن المحكمة لم تستطع فهم الاحتياجات الدينية لهؤلاء الهنود رغم أنها لو أرادت أن تفعل ما أعيتهما الحيلة.

ويرى المعارضون أن المحكمة ورثت عداء القرن التاسع عشر لهؤلاء الهنود والذي تمثل في تحريم الرقصات الاحتفالية، وتحريم استعمال وسائل مذهب الـ "*Peyote*" وتحريم الألعاب اللازمة للديانة الهندية.

ويستند المعارضون إلى ما قرره بلاكمان في اعتراضه على حكم *Smith* بأنه وإن كان على

المحاكم ألا تخوض فى ما إذا كانت ممارسة دينية ما رئيسية للديانة من عدمه إلا أن عليها واجب أن تمنع تأثير القيود فى الولايات على ديانة الأقلية (9) .

وهكذا انتكست الحرية الدينية للهنود خلال فترة رئاسة رنكوست للمحكمة العليا، وتساعل المعارضون حول الأقلية التى تستحق الحماية إذا كان الهنود الحمر قد حرموا منها.

ويؤمن المعارضون أن الحرية الدينية جردت عن طريق محكمة رنكوست من الاستقلال والحياة ومن أى معنى حقيقى لها (10) .

ويمكن القول فى غير المسألة الهندية - وبصفة عامة - إن محكمة رنكوست ترى فى التعديل الأول مايمنع الكونجرس من إنشاء أى ديانة رسمية أو تفضيل إحداها على الأخرى.

وتدعو المحكمة - بقيادة رنكوست - إلى فقه جديد ومبدأ جديد يسمح للولايات أن تتصرف بإيجابية لتساند القيم الدينية بما ليس فيه تفضيل لإحداها على الأخرى ومن ثم فهى لا تحبذ الفصل التام بين الدين والدولة.

ومن الطبيعى أن نرى تعارضا كبيرا ما بين حماية سلطة الولايات وحماية معتقدات الأفراد الدينية ومن ثم فهذا يبرر كثرة الطعون على دستورية قوانين الولايات المتعلقة بالدين.

المبحث الثانى

القيم العائلية

تمهيد :

إن مشكلة الآباء غير الشرعيين شديدة الأهمية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك نظرا لزيادة العلاقات غير الشرعية وما ينجم عنها من أطفال، وتتأثر الأحكام فى هذا الموضوع بالرأى العام والقيم الأخلاقية للقضاة. وعادة ما تتمثل القضايا المتعلقة بالآباء غير الشرعيين فى طعون على قوانين الولاية بعدم دستورتها لانتهاكها للتعديل الرابع عشر من الدستور لمعاداتها للأب لصالح الأم رغم وحدة المركز القانونى لكليهما.

ولاجدال فى أن القوانين التى تحكم العلاقة الأسرية هى نتاج للمجتمع الذى ولدت فيه، وفى القانون الإنجليزى تعطى الحضانة للآباء مقتصرة عليهم وتسمى بالإنجليزية "read possession" أى الحيازة المقررة.

والأم يصلها بالطبع كامل الحب والاحترام من أطفالها أما الحضانة فلا. ولم تتبع المحاكم الأمريكية وجهة النظر الإنجليزية السالفة، إذ رفضت فكرة الحضانة المقصورة على الأب دون الأم.

وبالنسبة للآباء غير الشرعيين لم تنتهج المحكمة العليا قاعدة موحدة بالنسبة لهم ولكن اتجهت إلى معاملة كل قضية على حدة، وحدث نوع من التضارب بين الأحكام ذات الحالات المقاربة (11).

ورغم أحقية الولايات فى تمتع قوانينها الأسرية بقرينة الدستورية إلا أنه حال انطوائها على إخلال بالحماية المتساوية، فإنه على الولاية حينئذ واجب إظهار أن التفرقة كانت ضرورية لحماية مصلحة ملحة لها (12) وإلا كان النص غير دستورى .

ويتم فحص النصوص القانونية المنظمة للأمر السالف أحيانا استنادا إلى فكرة الإجراء الواجب قانونا بالتعديل الرابع عشر.

وسوف نتناول بالشرح ثلاث قضايا توضع الأمر في المطلب الأول، اثنين منها في عهد سابق على محكمة رنكوست إلا أنهما مفيدتان تماما في تفهم الأمر وفي المطلب الثاني سوف نقيم موقف المحكمة.

المطلب الأول

قضايا القيم العائلية

١ - قضية Caban v. Mohammed (13)

في هذه القضية الأب غير الشرعي طعن على إعطاء الأم وزوجها الجديد حق تبني أطفاله وحرمانه هو من هذا الحق بموجب أحكام المادة ١١١ من قانون العلاقات الأسرية الذي ينص على ذلك، ورأى أن هذه المادة تنتهك حقوقه الدستورية في الحماية المتساوية والإجراء الواجب قانونا.

ورأت ولاية نيويورك والأم المدعى عليهما أن القانون يتفق مع أحكام الدستور إذ إن دافعه هو تحقيق أفضل مصلحة للأطفال. ورفضت المحكمة العليا هذا التفسير وأكدت بداية أنها لا تنكر حق الولاية في وضع التشريع الذي يحمي العلاقة الحميمة بين أحد الأبوين وأطفاله، إذ إن هذا الهدف من الأمور القيمة التي تستأهل الإشادة، إلا أنها ذهبت إلى فشل الولاية في إظهار العلاقة المنطقية التي تربط بين المعاملة المختلفة للأب غير الشرعي ومصلحة الولاية في توفير الرعاية عن طريق التبني لأطفاله غير الشرعيين.

وبمعنى آخر فإنه لا يوجد دليل يثبت أن إعطاء الأب ذات الفرصة المعطاة للأم في التبني سوف يعرقل تلك الإجراءات.

وهكذا خلصت المحكمة إلى أن حرمان الأب دون الأم من السير في إجراءات التبني هو أمر يستند إلى الجنس فحسب وليس لأي سبب آخر، ومن ثم ينتهك فقرة الحماية المتساوية المنصوص عليها بالتعديل الرابع عشر (14).

٢ - قضية Parham v. Hughes (15)

في هذه القضية قام المدعى بالطعن على حكم المحكمة العليا بولاية جورجيا بدستورية قانون الولاية الذي منعه من حق التقاضي عن موت ابنه خطأ، بالنظر لأنه لم يجعل علاقته شرعية بابه أثناء حياته.

ورأى الطاعن أن القانون ينتهك حقه في الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر بإنكار حق الأب في ذلك، دون الأم، الأمر الذي لا يرتبط بأي هدف حكومي هام.

وذهبت المحكمة العليا إلى دستورية القانون بحسابانه يمكن من جعل علاقة الأب بابه شرعية دون إلزامه بالزواج من الأم، وأن هناك مصلحة مشروعة للولاية في منع الادعاءات الزائفة بالابوة بعد الوفاة بغية الحصول على التعويض عن الوفاة بفعل الغير الخاطئ.

وكتب القاضي باول رأيا موافقا⁽¹⁶⁾ أوضح فيه أن النص دستوري لأنه يرتبط بهدف هام للولاية، ألا وهو مشكلة صعوبة إثبات الأبوة بعد وفاة الطفل غير الشرعي.

٣ - قضية Michael H. v. Gerald D. (17)

تلخص وقائع هذه القضية في أن زوجة تسمى كارول كانت على علاقة زنا بعشيق لها أنثرت طفلة سميت فكتوريا، وقد اعتنى العشيق بهذه الطفلة واعتبرها ابنته، وأثبتت تحاليل الدم أن هناك احتمالا يصل الى ٩٨.٧٪ أن العشيق هو والد الطفلة وليس الزوج.

وكان قانون ولاية كاليفورنيا ينص على أن الطفل الذي يولد لامرأة تعيش مع زوجها ينسب لهذا الزوج⁽¹⁸⁾.

ولما أنكرت الولاية على العشيق أى حق في رؤية ابنته استنادا لعدم وجود أى علاقة قانونية بها، طعن في ذلك تأسيسا على عدم مراعاة شرط الوسائل⁽¹⁹⁾ القانونية السليمة في علاقته بطفله.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا قضت ضد العشيق بحكم صادر بأغلبية خمسة من أعضاء المحكمة.

وقد أسست المحكمة قضاها على ركيزة من أن للولاية مصلحة كافية في قطع علاقة العشيق بالطفلة وأن ادعاءه بوجود حق دستوري له يجب حمايته في علاقته بالطفلة غير صحيح ، إذ المصلحة وأجبة الحماية يجب أن يقرها المجتمع كمصلحة⁽²⁰⁾ أساسية، والمصلحة المدعاة ليست « محفورة في أعراف وضمير المجتمع حتى يمكن وصفها بأنها أساسية ».

وأكد القاضي سكاليا الذي كتب الحكم أن العرف الأمريكي يحمي العائلة القائمة على أساس الزواج من مثل الادعاء الذي يدعيه الطاعن « العشيق»، وليس من الأعراف الأمريكية في شيء الاعتراف بأى حقوق للأب البيولوجي إذ ينكرها المجتمع الأمريكي بقوة.

المطلب الثاني

تقييم موقف المحكمة العليا من الأب غير الشرعي

إن التقييم الموضوعي للأحكام الثلاثة سالفة العرض المتعلقة بالأب غير الشرعي خاصة وغيرها من الأحكام في هذا المجال عامة تكشف عن التضارب الكبير بين الأحكام في هذا المجال رغم تماثل المواقف إلى حد بعيد، إذ تمثل تلك القضايا طعنا في قوانين الولايات من الآباء غير الشرعيين بادعاء عدم دستوريته انتهاكها لحقوقهم الدستورية المقررة بالتعديل الرابع عشر.

وقد وجدنا المحكمة في قضية Caban تقرر عدم دستورية قانون الولاية الذي يحرم الأب غير الشرعي من حق اتخاذ إجراءات التبني لطفله، وكان منطق الأمور - وفق ما نظن - يستلزم السماح لذلك الأب غير الشرعي في قضية Parham أن يقاضى عن موت ابنه خطأ .

ولم تقتنع المحكمة حقيقة في قضية Caban بالمقولات التي ترى أن إعطاء الأب غير الشرعي الحق الذي يدعيه سوف يمنع الأم من التنازل عن حضنة أبنائها المؤسسات التبني خشية من ضمهم للأب ، وأن الآباء بالتبني سوف يصيبهم اليأس من اللجوء للتبني خشية من ظهور الأب الحقيقي، مما يضعف من قرص التبني التي تسعى الولاية لتتميتها ، أو أن الأب حال السماح له بهذا الحق سوف

يستقله للابتزاز المادى، إذ إن كل هذه الأمور يمكن وضع قواعد محكمة للتغلب عليها.

والخشية من الانحراف فى التطبيق لاتصلح لمنع وضع القاعدة القانونية أو لانتهاك الحقوق الدستورية.

وقد يبدو غريبا عدم سريان المحكمة وفق ذات النهج فى القضية التالية وهى قضية **Parham** خاصة وأن الأب كان مثل الأب فى قضية **Caban** على علاقة قوية بطفله ويزوره بصفة منتظمة وأعطاه اسمه، إضافة إلى أن الأم فى تلك القضية ماتت فى ذات الحادث، ومن ثم تقنو مصلحة الولاية المدعاة فى حماية القيم المعنوية غير متحققة تماما، ويغدو احتمالا بعيدا أن يدعى امرؤ أبوته لطفل ليقضى تعويضا عن وفاته.

وهكذا يبدو جليا أن النص فى تلك القضية غير دستورى - بالمفاهيم الأمريكية - ورغم ذلك ذهبت المحكمة إلى دستوريته مؤكدة فى حكمها الذى كتبه القاضى ستيوارت أن الأمر ينطوى على سوء تفسير للمبادئ الأساسية التى تقع خلف فقرة الحماية المتساوية، وأنه من المناسب أن يعامل الأب غير الشرعى معاملة مختلفة عن الأم غير الشرعية نظرا لوجود أسس منطقية تبرر هذا الاختلاف فيما يتعلق بمشكلة إثبات البنوة.

والذى يفسر اختلاف موقف المحكمة فى القضيتين الأفتتين ، والذى صدر الحكم فيهما بأغلبية خمسة ضد أربعة هو تحول القاضى باول إلى الجبهة الأخرى لينكر الحقوق الدستورية للمدعو **Parham** بعد أن كان قد أقرها للمدعو **Caban** .

ولاشك أنه لاتوجد مصلحة فى اضطراب التوقعات حول اتجاهات المحكمة فى قضايا الآباء غير الشرعيين، ولكن من الواضح تأثير القيم المعنوية للقضاة فى مثل تلك القضايا وكذا تأثير الرأى العام.

فلأن موقف المدعو **Caban** كان يدعو للتعاطف نظرا لأنه يدعى لضم ولده إليه تعاطفت معه أغلبية المحكمة أما موقف **Parham** فلم تتعاطف معه الأغلبية ، وغير القاضى باول موقفه ، نظرا لأن المذكور كان يسعى لمنفعة مادية تتمثل فى الحصول على التعويض المادى عن موت ابنه، ومن ثم فالموقف جد مختلف من الوجهة الإنسانية. وليس من المنتظر أن يتغير موقف المحكمة المتضارب مستقبلا من مثل تلك القضايا نظرا لغلبة النواحي المعنوية والعاطفية على قضاة المحكمة فى هذا الأمر (21) .

المبحث الثالث

حق الملكية - Property Right (22)

تم النص على حمايته دستوريا بالتعديل الخامس والرابع عشر فنص التعديل الخامس على أنه «..... لن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون، كما أنه لن يتم الاستيلاء على الممتلكات الخاصة لاستخدامها فى الأغراض العامة بدون تعويض عادل» وأكد التعديل الرابع عشر على أنه «.....لا يحق لأى ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل» (23) .

ويرى المتحفظون أن حق الملكية لم يتم العناية به بدءاً من سنة ١٩٣٧، وتحليل الأحكام الحديثة لمحكمة رنكوست نجد أنها لم تنعش الحقوق الاقتصادية عامة وحق الملكية خاصة بصورة كبيرة، وذلك ربما لأنها لم تجد القضية المناسبة لحماية هذا الحق، ففي قضية *General Motors v. Rom-ein* (24) قضت المحكمة بأن ولاية ميتشجان لم تنتهك فقرة العقود « الفقرة العاشرة من المادة الأولى من الدستور (25) »، لما أصدرت قانوناً يتطلب الدفع بأثر رجعي لتعويض العمال إذ لا يوجد عقد تم إضعافه .

وقضت المحكمة بأن قانون (26) كاليفورنيا المتعلق بالموقف الخاص بالعربات المستخدمة كمنازل متحركة لا يعد سلباً لحق الملكية لأنه لم يأخذ الملكية مادياً ولم يحرم الاستعمال الاقتصادي لها .

وفي قضية أخرى ذهبت المحكمة إلى أنه لا يوجد محل للدعاء بالإخلال بالحماية المتساوية في القانون الضريبي لولاية كاليفورنيا إذ اعتبرت المحكمة أن عدم المساواة الموجود بالقانون له أساسه المنطقي (27). ويلاحظ أنه ما أن تجد محكمة رنكوست القضية المناسبة لإظهار طابعها المتحفظ فإنها لا تتردد ألبتة.

ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في قضية *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (28) والتي تلخص وقائعها في أن المدعو *David Lucas* اشترى قطعة أرض لبناء منزل عليهما بحوالي مليون دولار، وذلك بجنوب كاليفورنيا، وعندما أصدرت الولاية قانوناً يمنع المذكور من البناء على ملكه قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بأن الولاية غير ملزمة بدفع تعويض عن قانونها لأنه صدر لمنع إيذاء عام ومن ثم يعد استثناء على فقرة الممتلكات، ولما وصلت القضية للمحكمة العليا ألفت الحكم الأنف، وذهبت إلى أن الاغتصاب للممتلكات يحدث إما بأن تأخذ الحكومة الممتلكات واقعياً أو أن يمنع القانون الاستخدام المنتج للشيء.

وبتطبيق ذلك على الوقائع وجدت المحكمة أن المدعو *Lucas* حرم من استعمال أرضه والانتفاع بها مما أدخل بالتوقعات المنطقية لاستخدام أرضه، مما يوجب التعويض .

وقد عدلت المحكمة عن السوابق في هذا المجال والتي كانت ترى أنه لا يجب التعويض عندما يساند القانون هدف اجتماعي هام.

ويلاحظ أن حالة منع الاستخدام المنتج للشيء أكثر حيوثاً من حالة أخذ الممتلكات واقعياً.

ومن المتوقع أن يؤثر هذا الحكم على مجالات كثيرة تخل بحق الملكية مثل قوانين حماية الأصناف المعرضة للانقراض وحماية الأراضي المجففة والشواطئ.

ولو كانت الحكومة ستعوض في كل المجالات السالفة، فإن تلك القوانين سوف ينتهي العمل بها، ومن هنا تظهر قوة الاتجاه المتحفظ لمحكمة رنكوست (29)، (30).

المبحث الرابع

المساواة

المطلب الأول

قضايا المساواة

إن مبدأ المساواة بين البشر من الحقوق المحفورة في الدستور الأمريكي وأكدته التعديل (١٤) والذي نص على أنه لا يجوز لأى ولاية أن تحرم شخصا داخل نطاق سلطاتها من المساواة فى الحماية أمام القانون.

وإذا كان واضعو الدستور يؤمنون ضمنيا بأحقية العبد فى التمتع بصفة المواطنة إلا أن ذلك احتاج إلى المرور بحرب أهلية حتى يتأكد ذلك المعنى.

وقد استمر وضع الزنوج كمواطنين من الدرجة الثانية فترة طويلة بعد الحرب الأهلية الأمر الذى دعى المحكمة إلى التدخل الفعال بحكمها فى قضية براون والذى قضى بعدم دستورية مبدأ الفصل مع المساواة، وذلك سنة ١٩٥٤⁽³¹⁾، وتدخل الكونجرس بمجموعة من القوانين الفعالة والمؤثرة أيضا، وذلك فى الستينات من هذا القرن مثل قانون الحقوق المدنية ١٩٦٤ وقانون حقوق التصويت ١٩٦٥ ، ومع ذلك لازالت للمشكلة العنصرية إرهاباتها.

وبتحليل القضاء الحديث لمحكمة رنكوست يظهر أن المحكمة تؤمن بمبدأ الحياد العنصرى ، وهذا المبدأ يؤدى - حسبما نرى - إلى نوع من معارضة وسائل مكافحة التفرقة العنصرية وذلك يظهر جليا من القضيتين الآتيتين:

١ - قضية (32) City of Richmond v.J.A. Croson Co.

تلخص وقائع تلك القضية فى أن مدينة تسمى Richmond أصدرت قانونا يستلزم من المقاولين المتعاقدين مع المدينة أن يسندوا إلى مقاولين من الباطن ٢٠٪ من قيمة العقد، وهؤلاء المقاولون من الباطن لايد أن يكونوا أعضاء بجمعية تسمى " MBES " وهى مكونة من الأقليات وهم الزنوج ونوو الأصل الأسباني والشرقيون والهنود والإسكيمو. وطعن على هذا القانون بعدم الدستورية.

ولاحظت المحكمة العليا أن هناك قانونا فيدراليا مشابها للقانون المطعون عليه كانت المحكمة قد انتهت إلى دستوريته فى قضاء سالف لها صادر سنة ١٩٨٠ فى قضية Fullilove⁽³³⁾ ، إلا أنها اعتبرت أن القضية الماثلة تختلف عن القضية السالفة، إذ إن الكونجرس طبقا للفقرة (34) الخامسة من التعديل الرابع عشر يملك سلطات علاجية لامتلكها الولايات ، فيملك الأول أن يعرف ويعالج آثار التفرقة العنصرية الواسعة، نون أن يعنى ذلك أن الولايات أو التقسيمات الأدنى تملك سلطات معاشة⁽³⁵⁾.

وقد استخدمت مدينة ريتشموند فكرة التصنيفات العنصرية وهو أمر قد يحدث إيذاء كبيرا، إذ قد يؤدى إلى الإحساس بالدونية العنصرية وإلى العداء السياسى.

وقد لاحظت القاضية ساندرا التي كتبت الحكم أن القانون لا يوجد ما يبرره من ناحية الواقع ، إذ لا يوجد ما يبرر نسبة الاحتجاز المذكورة (٣٠٪) كما يوجد تفاوت مابين نسبة العقود الممنوحة للأقلية ونسبتهم إلى السكان، ولم تدرس المدينة عدد المقاولين المؤهلين من أعضاء "MBES" في السوق.

وخلصت المحكمة إلى عدم دستورية القانون إذ إن نسبة الاحتجاز المذكورة لم تكن محبكة تماما ولا يمكن تبريرها كإجراء علاجي.

وقد انتقد هذا الحكم القاضي مارشال وأكد على عدم صحة وجهة نظر المحكمة الأساسية المتعلقة بفشل المدينة في إظهار أن عدم إسناد العقود إلى مقاولي الأقلية يرجع إلى العامل العنصري وأعلن سيادته أنه يحترم أى تصنيف دستوري بشرط مايلي :

أ - أن يخدم هذا التصنيف الأهداف الحكومية الهامة.

ب - أن يرتبط بها ارتباطا أساسيا.

ورأى أن المحكمة أسأت إلى ضحايا التفرقة العنصرية في الماضي والحاضر والذين من المفترض أن على الحكومة واجب مساعدتهم وأن الحكم محل الموضوع يسير وفق ذات المنهج.

٢ - قضية Board of Education of Oklahoma City Public School v. Dowell⁽³⁶⁾

في سنة ١٩٦١ رفع أباء التلاميذ دعوى أمام محكمة أوكلاهوما بادعاء أن هناك ضررا لحق بولادهم من جراء التفرقة العنصرية بالمدارس العامة بمدينة أوكلاهوما.

وفي سنة ١٩٦٣ قضت المحكمة بأن مجلس التعليم بالمدينة يتبنى نظاما عنصريا في التعليم.

وفي سنة ١٩٧٢ لما وجدت المحكمة أن الجهود التي بذلها المجلس لم تسفر عن إنهاء التفرقة أمرت المجلس بتبني خططا لإنزائها.

وبعد خمس سنوات من ذلك ، ولما وجدت المحكمة أن المجلس أذعن تماما للحكم وبناء على طلب المجلس بإنهاء القضية ، تم استجابة المحكمة إليه ولم يستأنف هذا الحكم.

وحدث في سنة ١٩٨٤ تغيرات في التركيبة السكانية أدت إلى مزيد من تواجد السود في مدارس البيض، ولحالة التلطيف من أثار ذلك تبني المجلس خطة سميت "SRP" وهو اختصار كلمة " Student Reassignment Plan "

ورأى بعض أباء التلاميذ أن فيها انتهاكا لحقوقهم الدستورية في المساواة فطالبوا من ذات المحكمة إعادة النظر في الموضوع.

ورفضت المحكمة إعادة النظر وأكدت أن حكمها نهائي لا يقبل المراجعة، إلا أن المحكمة الاستئنافية للدائرة العاشرة ألغت هذا الحكم ورأت إمكانية الطعن على الخطة المسماة "SRP" وأن على المحكمة المركزية بأكلاهوما أن تقرر في الأمر.

ولما نظرت تلك المحكمة الدعوى للمرة الثانية رأت أن الخطه لم تكن ذات قصد عنصري.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا للولايات المتحدة استنادا لما يعرف بالـ *Certiorari* ⁽³⁷⁾ والذي هو أمر ترفع به المحكمة العليا القضية إليها من المحكمة الأدنى استنادا لما لها من سلطة

الإشراف على المحاكم، نهبت المحكمة إلى صحة ما قضت به المحكمة المركزية من أن المركز المدرسي لمدنية أوكلهما يعمل وفق تعاليم فقرة الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر ، ومن غير المنتظر عوبته للطرق السابقة.

وأضافت المحكمة أن أهداف منع التفرقة قد تم تحقيقها وأنه منذ عهد قضية براون سنة ١٩٥٤ ، والرقابة الفيدرالية على المدارس المحلية تعد أمرا مؤقتا مرتبطا بالقضاء على الآثار المتبقية للتفرقة في الماضي ، وهو الأمر الذي انتهت حاليا ويفضل من ثم ترك الأمر برمته للسيطرة المحلية بحسبان أن ذلك يحقق أفضل صور المصالح الحكومية.

المطلب الثاني

تقييم موقف المحكمة الحديث من المشكلة العنصرية

إن المشكلة العنصرية ذات خطورة كبيرة - حقا - على الأمة الأمريكية وكانت سببا في الحرب الأهلية ، وظلت قائمة بعدها، وكذا بعد حكم المحكمة القيم في قضية براون⁽³⁸⁾ وحتى تاريخه. ويرجع هذا الأمر إلى عدم الالتزام بالنص الدستوري الذي ينهى تلك التفرقة، إذ إن واضعي الدستور وتعديلاته رغبوا بوضوح في القضاء على هذه المشكلة ، ولما تنته بعد بالنظر إلى وجود أشخاص في مراكز مؤثرة لا يؤمنون بالقضاء على العنصرية.

وهؤلاء الأشخاص موزعون على السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. وموقف المحكمة العليا الحديث والظاهر من استعراض القضيتين الأنفتين يوضح جليا هذا الأمر، إذ تؤمن المحكمة العليا بمبدأ الحياد العنصري ، ومن ثم عدم الالتزام بالنص الدستوري الذي يلزم بإنهاء تلك المشكلة ، وهذا خطأ كبير من محكمة رنكوست نتمنى عدولها عنه.

ففي قضية " Croson " تجاهلت المحكمة حقيقة التفاوت بين نسبة العقود الممنوحة لما سمي MBES وهي 0,67 % ، ونسبة سكان الأقلية وهي ٥٠٪ ، ولم تجد أن ذلك يبرر نسبة الاحتجاز المقررة وهي ٢٠٪. وفي قضية Dowell تجاهلت المحكمة أيضا حقيقة أن أكثر من ٥٠٪ من المدارس الابتدائية (٩٠٪) منها ذات عنصر واحد، ولم تجد ذلك كافيا لتبرير القضاء بأن تلك المدارس عنصرية. وهكذا يظهر جليا أن المحكمة فصلت في القضيتين الأنفتين متجاهلة واقع الأمر وما يجب أن يؤدي إليه.

ويظهر أن فكرة الحياد العنصري " Racial Neutrality " والتي تؤمن بها المحكمة تؤدي إلى قعودها عن القيام بدورها الدستوري تجاه مشكلة التفرقة العنصرية.

وإذا كانت المحكمة ترفض التصنيفات العنصرية فإننا نرى خطأ ذلك، إذ لا بد أن نعتد بالعنصر أولا لإدراك المشكلة ثم معالجتها بعد ذلك، فلا بد مثلا أن نعي بداية أن ٦٧٪ من العقود ممنوحة للأقلية، وفي مرحلة تالية نضع علاجا للأمر بمحاولة إعطاء الأقلية نسبة ٢٠٪ على الأقل من العقود حتى يمكن بالتدريج أن نصل إلى علاج جذري للمشكلة ، ثم في مرحلة ثالثة وأخيرة نترك الأمر برمته لاقتصاديات السوق بعد أن تكون الأقلية قد وقفت على قدمها واشتد عودها. وهكذا لا يمكن علاج التفرقة العنصرية دون وضع تصنيف عنصري وكما قال القاضي مارشال - حقا - ، فإنه كي ننهي التفرقة العنصرية يجب أن نعتد بالعنصر⁽³⁹⁾.

المبحث الخامس

حقوق المتهمين الجنائيين

تمهيد:

إن حقوق المتهمين الجنائيين يمكن استخلاصها من التعديلات الرابع والخامس والسادس والثامن والرابع عشر للدستور (40) .

وكان د / كمال أبو المجد قد استخلص في رسالته بعض المبادئ اللازمة لتحقيق المحاكمة العادلة طبقا للدستور الأمريكي وفي إطار ما أقرته المحكمة العليا الأمريكية، وتلخص تلك المبادئ في وجود نص قانوني مفهوم يتضمن تحديدا واضحا للسلوك غير المشروع، ومبدأ حياد المحكمة ونزاهتها، وضرورة المحاكمة أمام هيئة المحلفين، والحق في الدفاع، وعدم إجبار المتهم على الشهادة ضد نفسه، وعلان التفتيش غير القانوني، إضافة لبعض الضمانات الأخرى التي ذكرها سيادته (41)، ومنعا من التكرار والتطويل، ونظرا لاستقرار المبادئ المذكورة فإن مايهما في هذا المبحث هو بيان تأثير الطبيعة المحفوظة لمحكمة رنكوست على حقوق المتهمين . والحق أن تلك المحكمة تميل إلى الانقاص من تلك الحقوق وعدم تحقيق الحماية الدستورية وذلك يكون بأحد طريقين، أولهما النظر الموضوعي في القضايا الجنائية ثم عدم منح الحماية الكافية لتلك الحقوق، وثانيهما هو غلق أو تضيق الطريق المؤدي لنظر القضايا الجنائية أمامها وذلك عن طريق الحد مما يسمى بأوامر الإحضار " Habeas Corpus " .

وسوف نركز على الطريق الثاني فندرس موقف رئيس القضاة من أوامر الإحضار في المطلب الأول ثم موقف المحكمة العليا منها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

موقف رئيس القضاة رنكوست من أوامر الإحضار

إن النصوص القانونية المنظمة لأوامر الإحضار تسمح لهؤلاء الذين أدينوا في محاكم الولاية أو المحاكم الفيدرالية أن يلتمسوا مراجعة قضاياهم بالمحاكم الفيدرالية الأعلى.

وتحقق أوامر الإحضار حماية كبيرة للمتهمين الجنائيين في الولاية نظرا لأن معظم قضاة الولاية منتخبون ومن ثم غير منعزلين عن المحيط السياسي فينقصهم نتيجة لذلك القدرة على إصدار أحكام البراءة، بالنظر لأن القضاء المنتخب كفكرة هو تعبير عن رغبات الأغلبية أكثر من كونه حماية لحقوق الأقلية.

ولما كانت أوامر الإحضار تنظم بمعرفة النصوص القانونية وليس الدستور، فإن الأمر مرجعه إلى الكونجرس، ولذلك فقد تعرض الكونجرس لضغوط كبيرة من قبل رنكوست ليحد منها.

وبدأ ذلك بأن طلب رنكوست من مؤتمر رؤساء القضاة المنعقد في يناير سنة ١٩٨٨ أن يدرس مشكلة أوامر الإحضار فيما يتعلق بقوة الإعدام نظرا لأنها تؤدي إلى تأخير التنفيذ لسنتين طويلة مما يؤثر على فاعلية القضاء الجنائي ويقتل كاهل المحاكم الفيدرالية.

وانتهى الأمر إلى تعيين القاضى المستقيل « باول » ليترأس لجنة تتولى دراسة الأمر ووضع توصياتها الإصلاحية فيما يتعلق بقضايا عقوبة الإعدام.

وفى سبتمبر ١٩٨٩ قدمت اللجنة مقترحاتها إلى رئيس القضاة وذلك بتطبيق تنفيذ عقوبة الإعدام على التظلم الأول فحسب إضافة إلى فرض وقت قصير جدا للمراجعة .

ورغم انتقاد تلك التوصيات من قبل المحكوم عليهم بالإعدام ومناصرى المتهم الجنائى ، فإن رنكوست قدم اقتراحات لجنة باول إلى المؤتمر القضائى للولايات المتحدة للحصول على تصديق القضاة وموافقتهم على اعتبار تلك المقترحات أساسا لتشريع جديد يوصى به للكونجرس.

وقد كان رنكوست واثقا أن المؤتمر إذا وافق على تلك التوصيات فسوف يستجيب للكونجرس للأمر ويصدر تشريعا بها، إذ إنه جرى العمل على أن معظم التشريعات المتعلقة بالاختصاص القضائى للمحكمة العليا كتبت مشاريعها بواسطة القضاة أنفسهم.

وفى سبتمبر ١٩٨٩ قرر القضاة فى المؤتمر القضائى تأجيل القرار حول مقترحات باول حتى اجتماعهم القادم فى مارس ١٩٩٠ وذلك لإجراء مزيد من البحث واستشارة الزملاء.

وهنا فاجأ رنكوست الجميع وقدم الاقتراحات المذكورة للكونجرس دون انتظار مناقشتها بمؤتمر مارس ١٩٩٠ حسبا اتفق عليه القضاة.

وقد أدى مسلك رئيس القضاة رنكوست - الغريب والعجيب - إلى هجوم شديد على رنكوست - شخصا- ومقترحاته فى مؤتمر مارس ١٩٩٠، وأرسل القضاة خطابات للكونجرس يؤكدون فيها أن الاقتراحات المقدمة لاتمثل إلا وجهة نظر مقدمها وهو رئيس القضاة ولجنة باول، ولاتمثل بحال وجهة نظر القضاء الفيدرالى.

وقد أدى هذا الأمر إلى فشل جهود رنكوست لاستصدار تشريع من الكونجرس بالمقترحات المقدمة منه.

ومع ذلك لم ييأس رنكوست وقرر اللجوء إلى إحداث التغيير المرتقب عن طريق المحكمة نفسها بمساعدة من أغليبتها المتحفظة (42) .

المطلب الثانى

موقف محكمة رنكوست من أوامر الإحضار

كما أسلفنا لما فشلت جهود الإصلاح التشريعى لأوامر الإحضار حاولت المحكمة تحقيق مضمونه عن طريقها، وقد بدأت هذه المحاولات حتى قبل فشل الإصلاح التشريعى المرغوب بواسطة حكيمين كتبتهما القاضية ساندرا فى قضيتين (43) متتاليتين سنة ١٩٨٩ للإقلال من مجال أوامر الإحضار المبنية على حقوق دستورية جديدة أو على قواعد أعلنت بعد صيرورة الإدانة نهائية.

وإذا كان القضاة المتحفظون فى الأصل يدعون بتقيدهم القضائى وخضوعهم لما يقرره الفرعان المنتخبان من قبل الشعب، إلا أنه فيما يتعلق بأوامر الإحضار فقد تم تغييرها لتحقيق فعالية للمحاكم الفيدرالية وللأحكام الجنائية ، وفى هذا فرض لفلسفتهم وفكرهم وخروج على ما انتهجه الكونجرس من رفض إصدار القانون المرغوب.

وماتسلكه محكمة رنكوست يعد فى حقيقته نشاطا وليس تقيدا، وقد يؤدى إلى انتهاك حقوق المتهمين الجنائين وعدم العدالة فى بعض الأحوال حسبما يظهر من المثالين الآتين:

١ - قضية *Butler v. Mckellar*، (44)

تلخص وقائعها فى أن المدعو **Butler** أُدين بالإعدام لارتكابه اغتصابا وحشيا وقتلا لإحدى النسوة فى جنوب كارولينا، وذلك بعد سؤاله بوليسيا حيث كان محبوسا فى السجن بتهمة أخرى لاعلاقة لها بالأمر وكان المتهم قد مثله محام فى التهمة الأخيرة، إلا أنه وقع على إقرار بتنازله عن حقه فى حضور محام أثناء سؤاله فى تهمة الاغتصاب والقتل. وترتيباً على تنازله سئل، وأدين اعتماداً على نتيجة سؤاله بالإعدام لارتكابه قتلا من الدرجة الأولى.

وطعن **Butler** على إدانته أمام المحكمة الاستئنافية بحسبان أن سؤاله دون حضور محاميه يعد انتهاكا لحقوقه الدستورية، وانتهت تلك المحكمة لرفض الاستئناف.

وفى نفس اليوم كانت المحكمة العليا للولايات المتحدة قد أصدرت حكما فى قضية أخرى (45) مقتضاه، بأنه عندما يحبس شخص فى جريمة قتل مثل فيها بواسطة محام فإن البوليس لا يستطيع أن يسأله عن تهم أخرى مختلفة بدون حضور المحامى.

وعندما التمس المتهم من المحكمة العليا إحضار القضية استنادا إلى انتهاك حقوقه بواسطة البوليس، رأت أغلبية المحكمة المكونة من خمسة قضاة أن القاعدة القضائية المتعلقة بالإحضار تمنع المتهم من الاستفادة بحق جديد يتعلق بالإجراء الجنائى.

ورغم أن سؤال البوليس للمتهم غير مسموح به إلا أن تلك القاعدة القضائية المقررة يجب ألا تنطبق بأثر رجعى.

وقد أكد القضاة المحتجون على الحكم أن الكونجرس وليس المحكمة هو المسئول عن حدود حق أوامر الإحضار، وأن الأغلبية التى كثيرا ماتفاخر أعضاؤها بعدم رغبتهم فى انتهاك الحقوق المقصورة على المشرع أخلت بحق الكونجرس والمتهمين الجنائين بالولاية.

ونرى أن ماتنتهجه محكمة رنكوست حاليا يؤدى كثيرا إلى إعدام أشخاص ربما لو سمحت المحكمة بقبول التماسهم موضوعيا لما أعدموا.

وينطبق مانراه على القضية السالفة إذ أسفرت تحقيقات جريدة واشنطن بوست أن المتهم حقيقة يعانى من تخلف عقلى وأن عمره العقلى لايزيد بحال عن تسع سنوات، ويعمل التحليل الذكائى له المسمى "IQ" (46) تبين انخفاض مستواه الذكائى لدرجة كبيرة حيث دخل السنة الأولى الابتدائية وعمره ١٢ سنة وانتقل للسنة الثالثة وعمره ١٦ سنة وفشل وترك الدراسة، ومن ثم فهناك شكوك كبيرة حول قدراته العقلية وإدراكه للتنازل عن حقوقه فى مثول محاميه ومايمكن أن يترتب على ذلك من آثار.

وأضافت الصحيفة (47) أن محامى المتهم لم يدفع بكل ذلك لنقص خبرته الواضح من تقاضيه ثلاثمائة دولار فى القضية بينما المعتاد فى أمثاله تقاضى عشرة آلاف دولار، ولم يدافع المذكور عن موكله أكثر من عشر دقائق.

وأعلن النائب العام أنه لو علم بتخلف المتهم عقليا ماسعى أبدا لإدانته، وأضافت الصحيفة أن

مندوب وكالة التحقيقات الأمريكية أكد أن خصلة الشعر الموجودة على قميص المجنى عليها ليست هي خصلة المتهم.

٢ - قضية McCleshey v. Zant (48)

تلخص وقائع تلك القضية في أن أمريكيا زنجيا قضى عليه بالإعدام في جورجيا استنادا لقتله أحد رجال البوليس البيض أثناء سطوه على أحد المتاجر ، وقد قدم المتهم في التماسه الأول بإحضار القضية إحصاءات تثبت تعرضه لتفرقة عنصرية في الإدانة، إذ عندما يكون المقتول أبيض فإن احتمال الحكم بالإعدام على القاتل يزيد أربعة أضعاف وثلاثة من عشرة عنه لو كان القاتل أسود.

وقد رفضت المحكمة الالتماس لرفضها الاعتماد على هذه الإحصاءات. وتقدم المتهم بالتماس آخر مؤداه أن المتهم كان قد أكد على حقه في حضور محام أثناء سؤاله بالبوليس فلم يستطع البوليس أن يسأله مباشرة لاعتقاده في عدم فعاليته، فلجأ لحيلة تقوم مقام السؤال ألا وهي أنه أنزل مخبرا بالزنزاة التالية له تصادق مع المتهم ثم شهد عليه بما يخل بحقوق المتهم الدستورية.

وهنا أيضا رفضت المحكمة الالتماس استنادا إلى أن الدفع الجديد كان يجب تقديمه مع الالتماس الأول ، إذ إن محامي المتهم يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم من ملف القضية وأوراقها أن هذا الجار هو مخبر سرى .

وهكذا ضيقت المحكمة تماما من مجال الالتماس الثاني بحيث إن معظم - إن لم يكن كل - الدفوع لامجال لها بعد إدانة المتهم إلا بالتماسه الأول وأصبح من النادر قبول الالتماس الثاني . ولاشك أن مادفع به المتهم كان موجها ضد شرعية الاتهام الموجه له ورغم ذلك لم تأخذ به المحكمة وأعدم المذكور رغم أن أحدا لم يشهد واقعة القتل بنفسه (49).

ولاشك في خطورة مسلك محكمة رنكوست الأنف على فعالية العدالة إذ يؤدي - في بعض الأحيان - إلى إعدام أبرياء وهو الأمر الذي لانؤيده.

المبحث السادس

الفصل بين السلطات

المطلب الأول

مبدأ الفصل بين السلطات

لايتضمن الدستور الأمريكي أى نص صريح يقرر مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن الشراح يرون رغم ذلك أن نصوص الدستور المختلفة تقتضى قيام هذا المبدأ وتلتزم مقتضاه في توزيع الوظائف الحكومية على السلطات الثلاث.

- فالمادة الأولى التي تنظم السلطة التشريعية تقرر أن جميع السلطات التشريعية المقررة

بمقتضى هذا الدستور يمارسها الكونجرس.

- والمادة الثانية التى تنظم السلطة التنفيذية تقرر أن السلطة التنفيذية يعهد بها إلى رئيس الولايات المتحدة.

- وأخيرا تقرر المادة الثالثة أن السلطة القضائية تمارسها محكمة عليا وعدد من المحاكم الدنيا⁽⁵⁰⁾.

وقد قصد الدستور مما تقدم منع تراكم السلطة لدى فرع واحد إذ سيؤدى ذلك لو حدث إلى الطغيان " tyranny " ، وعدم الدستور إلى تحقيق نوع من الفحص والتوازن بين الأفرع الثلاثة " checks and balances " .

وعلى سبيل المثال فإن الرئيس يستطيع أن يعترض ويمارس حق الفيتو على مشروعات القوانين المرسلة إليه، كما أن مجلس الشيوخ - وكما أسلفنا - يجب أن يؤيد ترشيح الرئيس لقضاة ورئيس المحكمة العليا وغيرها من المناصب الهامة (م ٢ فقرة ٢ من الدستور).

ولاشك أن هذا الفصل المشرب بروح التعاون هو الأفضل إذ لا يجوز أن يكون الفصل مطلقا.

ورغم أن الدستور يحدد القواعد الأساسية للسلطات الثلاث والعلاقات بينها إلا أنه لا يجيب بوضوح على كل الأسئلة والمشاكل التى يمكن أن تظهر.

ويرى أرشيبالد كوكس⁽⁵¹⁾ أن ذلك من قوة الدستور إذ إنه يسمح للتفاصيل المتعلقة بالنظام الحكومى أن تتغير بواسطة الشعب ومطبقا للتغيرات الاجتماعية وهكذا فإن غموض الدستور هذا هو نقطة قوة وليس نقطة ضعف.

ويرى لويس فيشر⁽⁵²⁾ أن أى فراغ تركه الدستور غير منصوص عليه صراحة يعتمد فى حله على الأفرع الثلاثة للحكومة ذاتها، إذ يحدث أن يقوم أحد الأفرع بالأمر وينتظر رد فعل الفرعين الآخرين من حيث القبول أو الرفض فإن حدث التحدى والرفض تقوم المحكمة العليا بالفصل فى الأمر.

وإذا كان القضاء طرفا فى النزاع فإن القبول الاجتماعى حينئذ هو مصدر القوة الحقيقى للسلطة الجديدة المختلفة.

ومثال ذلك أن المحكمة العليا قررت فى قضية ماربرى بأحققتها فى رقابة الدستورية رغم عدم وجود نص صريح بالدستور يخولها هذه السلطة، ورغم ذلك فإن الاستخدام المتكاثر للحق فى الرقابة لم يحدث إلا لما تحقق لها القبول الشعبى بعد الحرب الأهلية الأمريكية.

وتعد قضية⁽⁵³⁾ الولايات المتحدة ضد نيكسون مثالا آخر لأهمية القبول الاجتماعى كمصدر لقوة المحكمة وماتقره من قواعد جديدة.

وكان النزاع فى هذه القضية يتعلق برفض نيكسون تسليم أحاديثه المسجلة داخل البيت الأبيض للمحقق الخاص فى القضية استنادا لما يعتقد نيكسون من وجود ما يسمى امتيازات تنفيذية " executive privileges " تخوله كرئيس أن يتمتع عن تسليم تلك الأحاديث لأى جهة كانت، وبمعنى آخر فإن للفرع التنفيذى (السلطة التنفيذية) امتيازات على وثائقه وأحاديثه تجعلها منيعة وحصينة بحيث لا يجوز لسلطة أخرى أن تطلع عليها .

ولما كان الحق الخاص فى القضية يؤمن بأهمية هذه الأحاديث كدليل إثبات فى القضية، فقد

أصبح الصراع أمام المحكمة العليا حول الأولوية واجبة الاعتبار حال المقارنة بين الاستجواب الجنائي وتلك الامتيازات التنفيذية، وقد انتصرت المحكمة للاستجواب الجنائي.

ولما كانت المحكمة العليا لا تملك السلطة اللازمة لتنفيذ الحكم، فقد كان يمكن لنيكسون أن يتمتع عن تنفيذه، خاصة وأن تنفيذه يعنى القضاء على مستقبه السياسى كرئيس، إلا أنه وصله ضغط هائل من قبل الكونجرس والشعب بصفة عامة ومن ثم أذعن لتنفيذ الحكم.

وعندما تواجه المحكمة العليا بسلطة مختلفة من أحد الأفرع، فإنها تكون بين موقفين اثنين لاثاث لهما، إذ إنها إما أن تؤيد السلطة المختلفة رغم عدم وضوح النص عليها أو تتمسك بفصل السلطات ويصراحة الدستور.

المطلب الثانى

قضايا فصل السلطات

وسوف نستعرض بعض القضايا⁽⁵⁴⁾ المتعلقة بفصل السلطات لنتبين موقف المحكمة منها:

١ - قضية ⁽⁵⁵⁾ Bowsheer v. Synar ،

تلخص وقائع هذه القضية فى أنه فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٥ أصدر الرئيس قانون توازن الميزانية والسيطرة على العجز الطارئ والمعروف باسم " Gramm - Rudman - Hollings Act " ، والذي يهدف إلى استئصال العجز فى الميزانية فى الخمس سنوات التى تمتد من ١٩٨٦ - ١٩٩١ ليصل إلى صفر فى سنة ١٩٩١ . فإذا حدث فى أى عام مالى عجز فى الميزانية تجاوز كمية معينة فإن القانون يتطلب أن تقوم جميع الجهات بالاقطاع من ميزانيتها للوصول إلى مستوى العجز المقبول ، ويتم اقتطاع نصف النفقات من البرامج الدفاعية، والنصف الآخر يتم من البرامج غير الدفاعية ، وأعطى القانون برامج معينة ذات أهمية من ذلك الاقتراع.

وهذا التخفيف الأتوماتيكى يتم من خلال إجراءات معقدة، إذ إن مديرى مكتبين يسمى أحدهما **The Office of Management and Budget** ويطلق عليه اختصارا " OMB " ، ويسمى الآخر **The Congressional Budget Office** ويطلق عليه اختصارا " CBO " ، يقومان بصورة مستقلة بتقدير العجز فى الميزانية خلال عام قادم فإن تجاوز هذا العجز القدر المسموح به بنسبة معينة ، فهنا على كل مدير للجهازين السالفين أن يحسم الخصومات الضرورية فى البرامج الفيدرالية بما يؤدى إلى تخفيض العجز إلى ما لايزيد عن القدر المسموح به، وعلى المديرين سالفى الذكر أن يقدموا تقريرهما إلى المراقب العام " **The Comptroller General** " .

وعلى المراقب العام بعد مراجعة التقريرين المذكورين رفع تقرير بذلك لرئيس البلاد الذى عليه أن يصدر أمرا باحتجاز النفقات المقترحة من الميزانية " **sequestration order** " .

وعلى الكونجرس أن يتدخل ويصدر تشريعا بخضم النفقات المطلوب خصمها لتدارك الأمر كليا أو جزئيا، فإن لم يفعل غدا أمر العجز الرئاسى نافذا .

ونظرا لأن المشرع توقع وجود طعون دستورية للإجراءات السالفة فقد قرر أنه فى حالة القضاء

بعدم دستورية هذه الإجراءات فإن تقريرى المديرين سالفى الذكر يقدمان مباشرة للجنة تشكل من الكونجرس وقتيا لتخفيض العجز، وعلى تلك اللجنة أن تقدم تقريرها لمجلسى البرلمان، والذي عليه أن يصدر تشريعا حول الأمر يكون هو الأساس لأمر العجز الرئاسى.

وقد حدث خلال ساعات من إصدار الرئيس للقانون المذكور أن أحد أعضاء الكونجرس المعارضين على القانون ويدعى "Synar" سعى لإصدار أمر باعتبار أن القانون غير دستورى وانضم إليه أحد عشر عضوا من زملائه المعارضين.

وقررت المحكمة الفيدرالية المركزية أن دور المراقب العام فى تحقيق خصم الميزانية يخالف ماقصده الدستور من فصل السلطات، إذ إن هذا المراقب العام يمارس مهام تنفيذية ويعين من الرئيس بموافقة مجلس الشيوخ، أما عند عزله فإنه - وحسب القانون - يعزل فحسب بالاتفاق المشترك من قبل مجلسى البرلمان أو بواسطة الاتهام الجنائى.

ولما طعن على الحكم أمام المحكمة العليا أصدرت حكما بأغلبية خمسة أعضاء مؤيدة فيه الحكم المطعون عليه.

وقد أوضحت المحكمة العليا فى أسبابها فكرة الفصل بين السلطات، وأن تجميعها يؤدى للطغيان، واستخلصت بعد استعراضها لسوابقها فى القضايا المشابهة أن الكونجرس لا يستطيع أن يحتفظ لنفسه بسلطة عزل موظف يقوم بمهام تنفيذية عدا سلطة الاتهام الجنائى " impeachment " المنصوص عليها دستوريا ولو حدث ذلك لسيطر الكونجرس على تنفيذ القوانين وهو مالايسمح به مبدأ الفصل بين السلطات.

ولاحظت المحكمة أن خدمة المراقب العام تنتهى بقرار مشترك من مجلسى الكونجرس فى الأحوال الآتية :

- | | |
|----------------------|-------------------------------------|
| permanent disability | ١ - الإعاقة الدائمة |
| inefficiency | ٢ - عدم الكفاءة |
| neglect of duty | ٣ - إهمال الواجب |
| malfeasance | ٤ - الإقدام على عمل محظور |
| | ٥ - اقتراف جريمة أو سلوك غير أخلاقى |

a felony or conduct involving moral turpitude

ونهبته المحكمة إلى أن هذه العبارات شديدة الاتساع ، إضافة إلى أنها تجعل هذا المراقب مروعسا للكونجرس ، وهو الأمر الذى لم ينكره الكونجرس أو المراقب نفسه.

ومن حيث إن المسئولية الأساسية للمراقب العام هى عبارة عن إعداد التقرير الذى يحتوى على التقديرات التفصيلية لمشروعات الدخل والإنفاق الفيدرالية، والخصومات الضرورية لتحقيق التوازن وفق نصوص القانون، ولما كان ذلك هو عبارة عن وظيفة تنفيذية لما تنطوى عليه من طابع تقديرى مؤثر فى تنفيذ القانون.

ومن حيث إن الكونجرس ينتهي دوره بوضع القانون إذ إنه ما أن يحدد اختياراته فإن دوره ينتهي حينئذ ولا يعود ثانية إلا بإصدار تشريعات جديدة، فمن ثم لا يجوز أن يكون له سيطرة على تنفيذ القانون.

ويتطابق ماتقدم على الوقائع وجدت المحكمة أن الكونجرس يضع مسئولية تنفيذ قانون الميزانية في يد موظف معرض للإقالة من قبله، الأمر الذي يعني أن الكونجرس احتفظ بالسيطرة على السلطة التنفيذية خلافاً للدستور ومبدأ فصل السلطات، وعليه انتهت المحكمة إلى عدم دستورية القانون.

وقد أيد القاضيان ستيفنز و مارشال الحكم وإن اختلفا معه في الأسباب، حيث إنه لا يجوز للكونجرس أن يخلو المراقب العام سلطته السالفة، بحسبان أن تخفيض العجز في الميزانية هو أمر من اختصاص الكونجرس وحده، وذلك بقانون يرسل مشروعه إلى الرئيس الذي عليه إما أن يصدره أو يعترض عليه.

٢ - قضية (56) Morrison v. Olson :

أصدرت المحكمة حكماً في هذه القضية بأغلبية سبعة من القضاة بدستورية النصوص القانونية المتعلقة بالمستشار المستقل المنصوص عليه بالقانون الصادر سنة ١٩٧٨، لأنها لا تخالف فقرة التعيينات أو المادة الثالثة من الدستور أو مبدأ الفصل بين السلطات.

وتلخص وقائع القضية في أن القانون المسمى "Ethics in the Government Act" يسمح بتعيين مستشار مستقل "independent counsel" لإجراء الاستجواب اللازم لموظفين من مستوى عال حال انتهاكهم للقوانين الجنائية الفيدرالية، وقد طلب القانون من النائب العام عندما تصله معلومات كافية للاستجواب قبل شخص خاضع للقانون الأنف ، أن يبدأ معه استجواباً مبدئياً ، وعندما يكمل استجوابه أو ينقضى ٩٠ يوماً على بدايته ولم ينته من الاستجواب بعد، فإن عليه أن يعد تقريراً يعرضه على محكمة خاصة بنص القانون المذكور على تشكيلها ، بغرض تعيين مستشار مستقل إذا مارأى النائب العام أن هناك مايدعو لذلك. وهناك نصان بالقانون المذكور يتكلمان عن إنهاء عمل المستشار المستقل :

الأول : يقرر أنه يمكن عزل ذلك المستشار إما بواسطة الاتهام الجنائي أو بواسطة عمل شخصي من النائب العام والسبب مبرر فقط، كالعجز المادي أو عدم القدرة العقلية، أو لغير ذلك من الأسباب المؤدية لعدم القدرة على أداء الواجبات. وإذا تم عزل المستشار المستقل فإن على النائب العام أن يقدم تقريراً إلى كل من المحكمة الخاصة سالفة الذكر واللجنة القضائية لكل من مجلسي الشيوخ والنواب يحدد فيه الأسباب التي أدت إلى العزل.

الثاني : النص الذي يقرر أن عمل ذلك المستشار ينتهي بعد تقديم مذكرة للنائب العام بانتهاء عمله الموكل إليه قانوناً.

كما يمكن للمحكمة المختصة "Special Division" إما من تلقاء نفسها أو بناء على اقتراح النائب العام إنهاء عمل المستشار المستقل إذا مارأت اكتمال المهمة أو أنه من الأفضل أن يكملها النائب العام.

وقد بنى الطعن على سببين على النحو التالي :

السبب الأول : إن القانون المطعون فيه يخالف نص المادة (٢/٢) من الدستور والتي تخول رئيس الدولة بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين كبار الموظفين (57) .

ونذهبت المحكمة بصدها إلى أن ذلك المستشار المستقل ليس من فئة الموظفين الكبار الذين يجب أن يكون تعيينهم من قبل رئيس الدولة وموافقة مجلس الشيوخ، وإنما هو من الموظفين الأقل الذين يمكن للكونجرس أن يخول التعيين بشأنه للرئيس وحده أو لحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات .

وقد استندت المحكمة في ذلك لمايلي :

أ - إن المستشار المستقل يمكن عزله بواسطة موظف أعلى منه.

ب -إن مهمته محدودة.

ج - إنه يتصرف في حدود الاختصاص القضائي المحدود المعطى له من قبل المحكمة المخصصة بناء على طلب النائب العام .

د - إن مدة عمله مؤقتة لارتباطها بعمل معين .

ويقوم السبب الثاني من الطعن على مخالفة القانون للمادة الثالثة من الدستور ولبدأ الفصل بين السلطات ، بحسبان أن تلك المادة تمد عمل السلطة القضائية فحسب إلى القضايا والنزاعات لتفصل فيها، ومن ثم فالبدأ يمنع المحاكم من التوغل في عمل تنفيذي أو تشريعي منعا من الطغيان من ناحية وحفاظا على استقلال القضاء من ناحية أخرى، وقد خالف القانون المادة الثالثة لأنه أعطى المحكمة المخصصة سلطة اختيار موظف تنفيذي هو المستشار المستقل.

ونذهبت المحكمة إلى رفض هذا الوجه من الطعن على رכיصة من أن فقرة التعيين (م٢/٢م من الدستور) تمكن الكونجرس بالنسبة للموظفين الأقل أن يخول تعيينهم للرئيس وحده أو لحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات.

وإذ المحكمة المخصصة محكمة قضائية، والمستشار المستقل من الفئة الأقل فلا مخالفة دستورية في الأمر.

كما أنه لا مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات ، إذ لا تشمل تلك القضية حقيقة على محاولة زيادة الكونجرس لسلطته على حساب السلطة التنفيذية، وإنما تتركز شبهة مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات في الادعاء باغتصاب القضاء للسلطة التنفيذية وهو الأمر المنتهي، إذ يعين المستشار المستقل أصلا بناء على طلب النائب العام، الذي لا يستطيع أن يعين شخصا من اختياره ولا أن يحدد الاختصاص القضائي له، وأوضحت المحكمة أن المستشار مستقل لحد كبير عن أي محقق فيدرالي مما يشير إلى ضعف سيطرة النائب العام وبالتالي رئيس البلاد على ذلك الموظف التنفيذي الذي يقوم بمهام تنفيذية وهي الاستجواب والتحقيق ، إلا أنه لما كان القانون يسمح بإقالة المستشار من قبل النائب العام ولسبب مبرر ، إضافة إلى أن النائب العام هو الذي يطلب تعيينه أصلا، فمن ثم خلصت المحكمة إلى أن الأمر ينطوي على توازن معقول وليس فيه إقلال من السلطة التنفيذية أو إخلال بالتوازن المقترض بينها وبين السلطة القضائية، كما أنه لا يقلل من إمكانيات رئيس البلاد في أداء مهامه الدستورية.

وقد اعترض القاضي سكاليا على الحكم ورأى أن الحكم المطعون عليه أمام المحكمة العليا بعدم

دستورية القانون كان ينبغي تأييده ، لأن المحقق الجنائي يقوم حقيقة بعمل تنفيذي، ولأن عمل المستشار المستقل يحرم الرئيس من حق الانفراد بالسيطرة على الأعمال التنفيذية .

وقد ضرب سكاليا مثالا بالسلطة التشريعية ، إذ إنها لو فوضت اختصاصها التشريعي فإن القانون المفوض يكون غير دستوري وليس هناك محل للتساؤل حول ما إذا كان القانون المفوض هذا قد انطوى على سيطرة كافية للكونجرس على التشريع من عدمه.

إذ يجب من وجهة نظر سكاليا أن تمارس السلطة التشريعية بكامل حذافيرها عن طريق الكونجرس .

وهكذا رأى سكاليا أن المحكمة أصدرت حكمها دون أساس كاف يوضح أساس استبعاد الاستجواب والتحقيقات الخاصة بكبار الموظفين من سيطرة رئيس الدولة نفسه.

هذا إضافة إلى أنه في ظل النظام الأمريكي الحكومي فإن فحص أعمال المحقق هو عمل سياسي بالدرجة الأولى، إذ إن المحقق يختاره ويعزله رئيس الدولة الذي اختاره الشعب ووثق فيه ، ولما كان رئيس الدولة ليس من سلطاته اختيار شخص المستشار المستقل ، فإنه إذا حدث وأجرى الأخير تحقيقاته بغير عدالة فإن النتائج السياسية من جراء ذلك سوف تعود - ظلما - على الرئيس المنتخب وإدارته، رغم أنه لم يختر المستشار ابتداء.

٣ - قضية *Mistretta v. United States* (58) :

تلخص وقائع هذه القضية في أن الكونجرس أصدر قانونا ينظم لجنة الولايات المتحدة للعقوبة المسماة *United States Sentencing Commission* والتي تتولى وضع الإرشادات الجزائية التي على القاضي الجنائي اتباعها، وإن جاز له الخروج عليها حال إدراكه أن وقائع القضية تدعو للتشدد أو التخفف مما تقررره اللجنة، وعندئذ عليه أن يذكر الأسباب التي أدت تحديدا إلى ذلك .

واللجنة المذكورة هي لجنة مستقلة داخل الفرع القضائي ، وتشكل من سبعة لهم حق التصويت من بينهم رئيسها ، والذي يعينه رئيس البلاد بعد موافقة مجلس الشيوخ، ويجب أن يكون ثلاثة من أعضائها من القضاة الفيدراليين، ولا يجوز أن يكون أربعة من أعضاء اللجنة منتمين لحزب واحد.

هذا ويمكن عزل رئيس اللجنة وأعضائها من قبل الرئيس حال إهمالهم في واجباتهم أو سوء استخدامهم لسلطاتهم أو غير ذلك من الأسباب الجدية.

والعضوية باللجنة لمدة ست سنوات تجدد لمرة واحدة فقط .

وفي ١٠ ديسمبر ١٩٨٧ اتهم المدعو *Mistretta* وآخرين بالاتجار في المخدرات وقدموا للمحكمة المركزية للولايات المتحدة - بميسوري - فدفع المتهم بعدم دستورية الإرشادات التي وضعتها اللجنة بحسبانها تعد انتهاكا لفقرة التأسيس ولبدأ الفصل بين السلطات، إذ يمثل الأمر تفويضاً من قبل السلطة التشريعية غير جائز.

وعندما وصلت القضية للمحكمة العليا بناء على طعن *Mistretta* لعدم أخذ المحكمة الأدنى بوجهة نظره، ذهبت المحكمة إلى أن فصل السلطات لا يمنع الكونجرس من الاستعانة بالفرعين الآخرين، وأنه في ظل مجتمع متشابك فإن الكونجرس لا يستطيع أداء مهامه بكفاءة حال غياب القدرة على تفويض السلطة في حدود معينة، وذهبت المحكمة إلى أن التفويض في الواقعة محل الموضوع

يتفق تماما مع المتطلبات الدستورية.

وعن الفصل بين السلطات ذهبت المحكمة إلى أن الفصل الحقيقي الذى قصده واضعو الدستور هو الفصل النسبى ولم يقصد به البتة أن تكون الأفرع الثلاثة لاسيطرة لها على بعضها، وإنما قصد أن يوجد نوع من الفحص والتوازن بين تلك الأفرع.

وإذا كان الدستور فى ظاهره قد وزع السلطة لضمان الحرية فإن الواقع قد أدى لنشأة الحكومة المتعاونة.

وبالنسبة للفرع « السلطة » القضائية خاصة رأت المحكمة أن فصل السلطات قصد به بالنسبة إليه ألا يوكل لهذا الفرع مهام من الأفضل أن يتولاها غيره ، وأى نص يهدد استقامة ونزاهة العملية القضائية لايد وأن يقضى بعدم دستوريته.

وعمل اللجنة المذكورة ليس فيه إخلال بالتوازن بين الأفرع الثلاثة . ورغم أن تلك اللجنة داخل الفرع القضائى إلا أنها لاتمارس سلطات قضائية بحتة - من حيث الواقع - إذ إنها ليست محكمة ، ولايبرر وضعها داخل الفرع القضائى سوى أن دورها يشبه دور القاضى الذى يقرر العقوبة المناسبة على الجريمة المقترفة.

وإذا كان للجنة المذكورة دور سياسى واضح فإن ذلك لايعنى أنها غير دستورية إذ إن فصل السلطات لم يقصد به البتة أن يكون كل ماهو موضوعى يخالف كل ماهو إجرائى ، وكل ماهو سياسى يخالف كل ماهو قضائى.

وبمعنى آخر فإنه يجب تقييم الموقف حقيقة فى إطار عملى مع مراعاة اعتبارات المادة الثالثة، ومن ثم فإن وضع اللجنة داخل الفرع القضائى لايمثل أى تهديد لاستقامة العملية القضائية ، ولايمد السلطة القضائية خارج الحدود الدستورية.

وعن تشكيل اللجنة المذكورة أشارت المحكمة إلى أن القاضى لايعين باللجنة دون رضاه، وأنه لم يثبت فى يدين المحكمة أن خدمة القضاة الفيدراليين باللجنة سوف يؤثر عمليا على عمل الفرع التشريعى أو نزاهته.

وعلى ذلك تغو اللجنة وسيلة لتطوير القواعد المطبقة بواسطة السلطة القضائية.

وقد اعترض القاضى سكاليا على هذا الحكم مؤكدا أنه لايجد فى الدستور مايسمح لأية وكالة أو هيئة يخلقها الكونجرس أن تمارس سلطة وضع القوانين، إذ إن وضع القوانين هو سلطة مقصورة على الكونجرس.

ولاشك أن هذا الحكم سيشجع الكونجرس - بالباطل - على تفويض سلطاته التشريعية، وهو مالايجوز.

المبحث السابع

الفيدرالية

سبق لنا أن تناولنا تفصيلا موقف أنصار الفيدرالية ⁽⁵⁹⁾ وخصوصها من الرقابة، والقاعدة أن الحكومة المركزية لايجوز لها أن تمارس أى نوع من السلطات غير تلك التى فوضت إليها بالدستور، إذ إن الدستور بمواده السبع وتعديلاته التى بلغت ٢٦ تعديلا حتى الآن يتضمن تعدادا حصريا محددا للسلطات التى يمكن أن تمارسها السلطة المركزية بفروعها الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، ولذلك سميت الحكومة المركزية بالحكومة ذات السلطات المفوضة **delegated powers**، ورغم ذلك فقد جرى الاعتراف للحكومة بما يسمى بالسلطات المتأصلة **inherent powers**، وهى نوع من السلطات لا بد من الاعتراف بها لأية دولة ذات سيادة سواء ورد النص عليها بالدستور أو لم يرد. ومثال تلك الأخيرة ما أقرته المحكمة العليا من أحقية الرئيس الأمر يكى فى ضمان تنفيذ القوانين تنفيذًا أمينًا وبمقتضى تلك السلطة يستطيع الرئيس أن يتخذ كافة الإجراءات لتنفيذ القوانين وحماية الحقوق والحريات الفيدرالية، وتوجد درجة أثنى من تلك المتأصلة تسمى السلطات الضمنية وتلك معترف بها للحكومة المركزية استنادا لما يمكن استخلاصه ضمنا من النصوص الدستورية منفردة أو مجتمعة، ومن ذلك أحقية الكونجرس فى وضع النصوص الدستورية موضع التنفيذ عن طريق ما هو ضرورى ومناسب **necessary and prop-** " **er** "، وسند ذلك ماورد بالفقرة الأولى من المادة الثامنة من الدستور التى تجعل للكونجرس السلطة فى سن جميع القوانين الضرورية والمناسبة لكى يضع موضع التنفيذ السلطات التى يقرها الدستور ⁽⁶⁰⁾.

وتحديد حدود السلطات المفوضة والمتأصلة والضمنية هو من الأمور التى للمحكمة العليا فيها القول الفصل.

ويختلف موقف المحكمة بحسب غلبة الطابع المتحفظ عليها أم المتحرر إذ منذ نشأة الولايات المتحدة والمتحفظون يساندون حقوق الولايات ويعارضون تقوية السلطة المركزية ، أى أنهم يعتبرون من خصوم الفيدرالية.

ويجد الفكر المتحفظ ركيظه فى التمسك بحرفية التعديل العاشر من الدستور والذى ينص على أن " السلطات التى لم تفوض للولايات المتحدة بمقتضى الدستور ، ولم تحظر بواسطته على الولايات يحتفظ بها للولايات كل على حده أو للشعب"، وقيل المواجهة مع روزفلت سنة ١٩٣٧ كانت المحكمة العليا المتحفظة تستند للتعديل العاشر المذكور كى تقضى بعدم دستورية الكثير من القوانين الفيدرالية ذات الطبيعة الاقتصادية التى تحد من عمالة الطفل أو تضع حدا أدنى للأجور، أو أقصى لتشغيل المرأة بوصف أن ذلك انتهاكا لسيادة الولايات.

وبعد المواجهة مع روزفلت الديمقراطي وبعد التعيينات التى أجراها عدلت المحكمة عن اتجاهها السالف وأيدت سياسة المعاملة الجيدة ⁽⁶¹⁾.

وقد ظهر خلال هذه الفترة اتجاه قوى نحو تأييد الفيدرالية ، وإخضاع المحكمة العليا لما يقرره الكونجرس ، وعبر عن هذه الروح بجدارة المدعو **Herbert Wechsler** ⁽⁶²⁾ فى مقالة شهيرة له قرر فيها صراحة أن مصالح الولايات ممثلة فى الكونجرس، وعلى ذلك فإن العملية السياسية سوف تحمى تلك المصالح ولا حاجة للحماية القضائية.

وإذا كان الديمقراطيون يميلون إلى تأييد التنظيمات الفيدرالية في المجال الاقتصادي فإن ذلك مناهة أن تراعى تلك التنظيمات الحقوق والحريات المنصوص عليها بوثيقة الحقوق.

فمثلا إذا استعمل الكونجرس سلطاته التنظيمية ليطلق عبدا من الصحف بإحدى القرى داخل إحدى الولايات فهنا يميل الفقه الديمقراطي الجديد إلى عدم دستورية هذا التشريع لا على أساس انتهاكه لفقرة التجارة بين الولايات ، ولكن على أساس انتهاكه لحرية الصحافة والتعبير بالتعديل الأول. ورغم أن رنكوست متحفظ ومضاد للفكر الديمقراطي إلا أنه وعلى ما يبدو اقتبس ذات طريقة التفكير ليحیی مبدأ معارضة الفيدرالية وينعش التعديل العاشر. فيؤمن رنكوست أنه لا يهزم قدر التجارة التي يملك الكونجرس تنظيمها إذ ستكون تلك التنظيمات غير دستورية إذا ما انتهكت حرية الولايات المحفورة داخل التعديل العاشر (63).

ويلاحظ أن المحكمة لم تقض بعدم دستورية قانون صادر عن الكونجرس لانتهاكه لفقرة التجارة بين (64) الولايات ، إلا مرة واحدة ما بين سنة ١٩٢٧ إلى سنة ١٩٩٢ ، وكان ذلك سنة ١٩٧٦ (65) في قضية مد فيها الكونجرس تنظيمات الأجور وساعات العمل الفيدرالية لتطبق على موظفي الولاية. وكتب رأي المحكمة القاضي رنكوست قبل أن يصبح رئيسا للقضاة معلنا أن الدستور لا يسمح للحكومة الفيدرالية أن تمد سلطاتها إلى الولايات بما يؤدي إلى خضوع حكومة الولاية للسيطرة الكاملة للحكومة المركزية .

وبعد تسع سنوات لاقى الجمهوريون هزيمة مؤثرة لأفكارهم في قضية Garcia (66) سنة ١٩٨٥ ، حيث عدلت المحكمة العليا صراحة عن السابقة السالفة ورأت أنه من غير الممكن للمحكمة أن تحدد المعايير التي عندها تفتصب القوانين الفيدرالية حقوق الولايات ، وأنه من الممكن تخويل تلك المهمة للكونجرس.

وبالطبع اعترض رنكوست على ذلك الحكم وتوقع العدول عنه. وانتزعت الفرصة بعد أن أصبح رئيسا وقرر في قضية حديثة سنة ١٩٩٢ " New York v. United States " (67) العدول عن حكم جارسيا.

وتلخص وقائع القضية في أن الكونجرس أصدر قانونا ينظم التخلص من النفايات الإشعاعية بالولايات ، ويسمح للولاية بفرض رسوم على النفايات التي تستقبلها من الولايات الأخرى، وينص القانون على أن الولاية التي لا تلتزم بالتنظيمات المفروضة ستكون مسؤولة عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة الناجمة عن تلك النفايات.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا قضت بأنه وإن كان القانون قد استند لحق الكونجرس في تنظيم التجارة بين الولايات ، إلا أنه يجعل الولايات بين خيارين أحلاهما مر، فإما الالتزام بالتنظيمات التي فرضها الكونجرس بالقانون، وإما ملكية تلك النفايات.

وذهبت المحكمة إلى مخالفة ذلك للتعديل العاشر.

وهكذا ألغت المحكمة بهذا الحكم الحديث الاستنتاج الذي سبق التوصل إليه من حكمها في قضية جارسيا، والذي كان مقتضاها أن القضاء الفيدرالي لن يستخدم التعديل العاشر للقضاء بعدم دستورية التشريعات الفيدرالية.

ولاجدال أن هذا الحكم سيفتح الباب لطعون مستقبلية في كثير من القوانين الفيدرالية البيئية ،
والتي كثيرا ما تعتمد في تطبيقها على حكومة الولاية، كما أن هذا الحكم هو انتصار حاسم للاتجاه
المتحفظ المعارض لبدأ الفيدرالية.

وهكذا يبدو أن رنكوست ومحكمته لهما اتجاه متحفظ شديد الوضوح في معظم المجالات، وأن
تأخير إظهار هذا الطابع المتحفظ يرجع فحسب إلى محاولة أغلبية المحكمة انتقاء القضية المناسبة
لتقرير المبدأ.

الفصل الثامن

اتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى ممارستها للرقابة على دستورية القوانين

المبحث الأول

مجال الحقوق السياسية

تعدد وتقسيم:

نصت المادة (٦٢) من الدستور التى وردت فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة على أن « المواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقا لأحكام القانون ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى»، مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة - ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حق الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء - اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة ، على أساس أن حق الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة ، ومن ثم كان هذا الحقان لازمين لزوما حتميا لإعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستوريا والضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة فى حقيقتها عن الإرادة الشعبية ومعبرة تعبيراً صادقا عنها ، ولذلك لم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن فى ممارسة تلك الحقوق السياسية ، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته فى الحياة العامة عن طريق ممارستها لها واجبا وطنيا يتعين القيام به فى أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التى تعتبر قواما لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين . ولئن كانت المادة ٦٢ من الدستور قد

أجازت للمشروع العادي تنظيم الحقوق السياسية الثلاثة بما نصت عليه من أن ممارسة هذه الحقوق تكون وفقا لأحكام القانون. فإنه يتعين عليه أن يراعى في القواعد التي يتولى وضعها تنظيمها لتلك الحقوق ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها وألا تنطوي على التمييز المحظور دستوريا أو تتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص الذي كفلته الدولة لجميع المواطنين ممن تتماثل مراكزهم القانونية، وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعي لتلك الحقوق مع أي نص في الدستور بحيث يأتي التنظيم مطابقا للدستور في عموم قواعده وأحكامه⁽⁶⁸⁾.

ونظرا لأن حق الانتخاب⁽⁶⁹⁾ والترشيح هما الأهم من بين الحقوق السياسية ولأن مجلس الشعب هو المجلس الأهم لإقامة حياة نيابية سليمة، لذا سوف نركز في هذا البحث على تحليل لقضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق برقابته على كيفية تنظيم المشروع لتكوين مجلس الشعب وتقسيمه للدوائر الانتخابية ثم نختمه بمطلب عن حق الاستفتاء.

وبدأة فإن هناك⁽⁷⁰⁾ خمسة أحكام هامة أصدرتها المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية أولها هو الحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٧ فيما يتعلق بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٢ ، وثانيها وثالثها الحكم الصادر بجلسة ١٥ أبريل سنة ١٩٨٩ فيما يتعلق بقانون نظام الحكم المحلي الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ ، وما يتعلق بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن مجلس الشورى قبل تعديله بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩ ، ورابعها الحكم التاريخي الصادر بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ فيما يتعلق بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وخامسها الحكم الصادر بجلسة ٢/٢/١٩٩٦⁽⁷¹⁾ فيما يتعلق بقانون نظام الحكم المحلي أيضا. وكان المشروع قد تبني نظام الانتخاب بالقائمة بعد التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ والذي نص على تعدد الأحزاب، وكان ذلك بتعديل أحكام قوانين مجلس الشعب والحكم المحلي ومجلس الشورى فطعن على تلك التعديلات.

ويعد إيداع تقرير هيئة المفوضين لدى المحكمة الدستورية العليا متضمنا رأيها المسبب بعدم دستورية بعض مواد القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٢ ، وتحديد جلسة ٣/١/١٩٧٨ لنظر دستورية هذا القانون ، قامت الحكومة على عجل واستباقا للأحداث بعمل تعديل للقانون المطعون فيه قدم لمجلس الشعب فاقره. وصدر القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٦ ليجمع بين نظام الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردي، وأصدر رئيس الجمهورية قراره رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧ بجل مجلس الشعب في ذلك الوقت، وبالطبع فإن الحكومة والمجلس لم يفتننا إلى عدم دستورية التعديل الأخير هو الآخر والذي أكدته المحكمة الدستورية العليا بحكمها التاريخي المشار إليه.

ونظرا لأهمية الحكم المذكور إضافة للحكم الأول على وجه الخصوص فسوف نتناولهما بغير قليل من التفاصيل، ولكن بعد أن نحدد أولا البعد الكمي والكيفي لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية.

وعلى ذلك فسوف تكون دراستنا لهذا البحث على النحو التالي:

المطلب الأول : البعد الكمي والكيفي لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية.

المطلب الثاني: تحليل حكم المحكمة الأول الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٧ في القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ق «دستورية».

الفرع الأول : منطق الحكم وأسبابه .

الفرع الثاني: تعليقنا على الحكم .

المطلب الثالث : تحليل حكم المحكمة الرابع والتاريخي الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ فى القضية رقم ٢٧ لسنة ٩٩ق « دستورية ».

الفرع الأول : منطق الحكم وأسبابه.

الفرع الثاني: موقف الفقه المعارض للحكم.

الفرع الثالث: رأينا فى الموضوع .

المطلب الرابع : حق الاستفتاء الشعبى .

الفرع الأول : تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بحق الاستفتاء.

الفرع الثاني: رأينا فى الموضوع .

المطلب الأول

البعد الكمى والكيفى لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية

أولا البعد الكمى :

تعنى فكرة البعد الكمى فى إطار مبدأى المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما بالمادتين ٤٠، ٨ من الدستور أن يكون عدد السكان الذين يمثلهم النائب الواحد متساويا فى جميع الدوائر مع مراعاة الحد الأدنى لأعضاء مجلس الشعب وهو ٢٥٠ عضوا (م ٨٧ من الدستور) ولأعضاء مجلس الشورى وهو ١٣٢ عضوا (م ١٩٦ من الدستور) ، وكان تقرير هيئة المفوضين فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ ق دستورية قد أكد على أن المشرع عندما يقسم الدوائر الانتخابية عليه مراعاة المساواة بين الناخبين بحيث يكون عدد الناخبين المخصص لهم نائب فى الدائرة مساويا لعدد الناخبين المخصص لهم نائب فى دائرة أخرى، ولكن المحكمة الدستورية بحكمها الرابع التاريخي صححت هذه الوجهة من النظر عندما نصت بأن التحديد العدى للقاعد المخصصة لكل دائرة يجب أن يقوم كقاعدة عامة على أساس عدد المواطنين بها .

ويلاحظ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ محل الطعن بالقضية الأولى قد التزم بضمان المساواة العديدة وجعلها هى القاعدة العامة فى تحديد عدد الأعضاء بمجلس الشعب بحيث يمثل عضو البرلمان حوالى مائة ألف مواطن تقريبا (وليس ناخب) ، وقد أشار تقرير هيئة المفوضين بتلك القضية لوجود بعض الانحراف عن قاعدة المساواة العديدة فى بعض الدوائر كدوائر محافظة الجيزة دون مبرر إلا أن المحكمة لم تتعرض فى حكمها لهذا الأمر.

ويلاحظ أن القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ قد انحرف كلية عن قاعدة المساواة بالنسبة للمستقلين مقارنة بالمتنمين لأحزاب سياسية.

ولانتقصر ضمانة المساواة العديدة على انتخابات مجلسى الشعب والشورى وإنما تمتد إلى انتخابات المجالس المحلية.

ويمكن الخروج على مبدأ المساواة العددية لأسباب موضوعية تقبلها المحكمة الدستورية، إذ يرى د عادل خليل⁽⁷²⁾ أنه لا يوجد ما يمنع من الناحية الدستورية بالسماح بقدر محدود من الانحراف عن قاعدة المساواة العددية بشرط توافر المبررات الموضوعية لذلك، كالرغبة في المحافظة على الحدود الجغرافية لمناطق معينة، وتحقيق الاتصال والتلاصق بين المناطق المتصلة جغرافياً، على أن تخضع المبررات التي يسوقها المشرع للانحراف عن مبدأ المساواة الحسابية الدقيقة لرقابة المحكمة الدستورية العليا، وهذا هو المعمول به في أمريكا.

ثانياً البعد الكيفي :

إن ضمانات البعد الكيفي ذات شقين أحدهما يتعلق بالناخبين والآخر يتعلق بالمرشحين، فبالنسبة للناخبين فإنه يجب أن يكون لصوت الناخب ذات الوزن والثقل الذي لغیره من الناخبين سواء في ذات الدائرة أو في دائرة أخرى، وبالنسبة للمرشحين فإنه يجب مساواتهم في المعاملة القانونية نون أي تمييز يستند للصفة الحزبية.

وحتى يمكن تفهم الأمر بصورة أكبر فإن القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٦ والذي جمع بين الانتخاب الفردى والانتخاب بالقائمة ، قصر عدد المقاعد النيابية المخصصة للمرشح الفردى على مقعد واحد فى كل دائرة من الدوائر الثمانية والأربعين التى قسمت الدولة إليها بينما كان المقاعد المخصصة للقوائم الحزبية يتراوح ما بين ستة إلى ثلاثة عشر، فأثر صوت الناخب للمرشح الفردى ينحصر فى اختيار عضو واحد بينما الآخر يمكن أن يصل أثر صوته إلى انتخاب ثلاثة عشر نائباً فى الدائرة الانتخابية الواحدة.

وإذا نظر للأمر من زاوية المرشحين فإن القانون المذكور قد انطوى على تمييز غير دستورى أيضاً بين المرشحين بالقوائم الحزبية والمرشحين المستقلين، إذ حدد المشرع عدد الدوائر بثمانية وأربعين دائرة تتسع فى بعض الأحيان لتشمل محافظة كاملة لاختيار مرشحي القوائم الحزبية والمستقلين، رغم صعوبة الأمر على المرشح المستقل والذي لا يستطيع بقدرته الذاتية أن يجوب الدائرة بكاملها ليقدم نفسه وبرنامجه الانتخابى لافتقاده الدعم المالى والبشرى.

ونرى أن مسألة الوزن النسبى للصوت الانتخابى تقترب من أن تكون مسألة سياسية، لهذا يجب على المحكمة أن تتجنب مراجعة تقدير المشرع فى شأنها كلما أمكن ذلك ، وكلما استطاعت أن تقيم عدم الدستورية على أساس الإخلال بحقوق الترشيع كلما كان ذلك أفضل.

المطلب الثانى

تحليل حكم المحكمة الأول الصادر بجلسته ١٦/٥/١٩٨٧

فى القضية رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٧ ق، دستورية ،

تمهيد :

بدأت الأحداث المؤدية لوصول تلك القضية إلى المحكمة الدستورية العليا نتيجة مقال نشره الأستاذ كمال خالد المحامى⁽⁷³⁾ بجريدة الأحرار بعدها الصادر يوم ١٢/٣/١٩٨٤ تحت عنوان « دراسة دستورية المستقلون وحق الترشيع»، وكان هذا المقال هو طلبة البداية لخوض هذه المحمة

القضائية دفاعا عن الدستور.

إذ حدث أن أدخل المشرع تعديلا على القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٢ الذي جاء بنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية النسبية المشروطة، ليطيح لأول مرة بنظام الانتخاب الفردي الحر المباشر الذي عرفته الحياة البرلمانية والنيابية في مصر.

ونظرا لإحساس الأستاذ/ كمال بخطر هذا الأمر فقد آلى على نفسه أن يتصدى ويقاوم ويصارع صراعا قضائيا مريرا حتى حصل على حكم⁽⁷⁴⁾ بعدم الدستورية على نحو ماسترى.

والحقيقة أن الصراع السالف كان له حلقة ثانية تمكنت في مقاومة السيد المذكور للتعديل المتعجل الذي صدر بالجمع بين نظام الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردي وهو الأمر الذي انتهى إلى الحكم التاريخي الصادر بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠. وهكذا فإن رجالا صنعوا التاريخ ليست مقولة مبالغا فيها.

الفرع الأول

منطوق الحكم وأسبابه

كانت المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المواد الخامسة مكررا والسادسة فقرة (١) والسابعة عشرة فقرة (١) من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٢، تأسيسا على أن حق الترشيح من الحقوق العامة التي كفلها الدستور للمواطنين في المادة (٦٢) ومن ثم فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق على ماسلف ينطوي على إهدار لأصله وإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالي مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور، وأن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ماسلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح.

ونظرا لأن نصوص الدستور مترابطة ومتكاملة، فقد رفضت المحكمة وجهة نظر الحكومة من أن مباشرة الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشيح أصبح غير جائز إلا من خلال الانتماء إلى الأحزاب السياسية بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور ونصها على أن النظام السياسي يقوم على أساس تعدد الأحزاب، ذلك أن الدستور إنما استهدف من النص على تعدد الأحزاب العبور عن صيغة التنظيم السياسي الوحيد المتمثلة في الاتحاد الاشتراكي العربي الذي يضطلع بمسؤوليات العمل الوطني في المجالات المختلفة نون أن يجاوز ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور ومن بينها حق المواطن في الترشيح والمنصوص عليها في المادة (٦٢) منه.

الفرع الثاني

تعليقنا على الحكم

يحتاج الحكم السالف - رغم إيماننا العميق بصحته - إلى شرح أكبر لتفهم الركائز التي يقوم عليها وذلك بالنسبة للمواد ٦٢، ٨، ٤٠ من الدستور، كما يحتاج الأمر إلى استخلاص المعيار الذي قام عليه مع الإشارة إلى المادة (٤٧) من الدستور وذلك على التفصيل الآتي :

لما صدر دستور ١٩٧١ كانت قضية الحرية تشغل الناس جميعا وتأخذ عليهم أفكار حياتهم لكثرة ما انتهكت هذه الحرية وانتهكت حرمتها⁽⁷⁵⁾ فحرص المشرع الدستوري على عدم الاكتفاء في شأن الحقوق والحريات بالنص عليها إجمالا والإحالة إلى المشرع العادي لتنظيمها ، بل عمد إلى التفصيل بشأنها كما أشار لدى نكره لبعضها⁽⁷⁶⁾ إلى تقييد المشرع العادي بضوابط معينة يلتزمها عند تنظيمه لتلك الحقوق التي كفلتها النصوص الدستورية ، وذلك لأنه لوحظ سابقا أن تدويل النصوص الدستورية للحقوق والحريات بعبارات مثل في حدود القانون أو وفقا لأحكام القانون أو على الوجه المبين بالقانون نون ونضع ضوابط دقيقة ولو في صورة مبادئ عامة لهذا القانون الذي يحيل إليه الدستور قد يكون من شأنه أن عجز المادة يجب صدها⁽⁷⁷⁾.

وقد جاء نص المادة (٦٢)⁽⁷⁸⁾ من الدستور الحالي كنول نص دستوري يكفل حق المواطنين في الترشيح بصورة صريحة ومباشرة.

ولعل رأيا يذهب إلى أن حرمان المستقلين من الترشيح لا يتعارض مع المادة (٦٢) من الدستور لأن المشرع يملك تنظيم الحقوق الواردة بصلب تلك المادة ومن بينها حق الترشيح وذلك على النحو الذي يراه محققا للصالح العام، فإذا قصره على أعضاء الأحزاب السياسية وحدهم فهذا لا يعنى أن يكون تنظيمها للعملية الانتخابية ترشيحا وانتخابا نون أن ينال ذلك من أصل الحق.

والحقيقة أن الحريات وحقوق الإنسان هي من الأمور التي لا يستقل أى مشرع بخلقها ولو كان المشرع الدستوري بل إنه فيما يضعه من قواعد في شأنها لا يعنى أن يكون كاشفا عن حقوق أصيلة - ولا يجوز أن يكون التنظيم نرية لإهدار الحرية أو إنقاصها.

ولا يعنى ذلك أن كل تدخل تشريعي في الحريات يعتبر دوما عدوانا عليها إذ قد يكون ذلك من الضرورات اللازمة لممارستها.

وهكذا يجب أن يلتزم المشرع بالخط الفاصل بين التقييد المباح للحرية واستعمال الحق لمواجهة اعتبارات معينة والتقييد المحظور.

وهذا الخط الفاصل بالغ التقييد ومن أهم مشكلات القانون الدستوري .

وأما كانت وجهة النظر فيما يتعلق بسلطة المشرع في تنظيم الحقوق فإن تنظيم ممارسة الحق أو الحرية لا يمكن بحال من الأحوال أن يصل إلى حد إلغاء الحرية ذاتها أو إعدام ذلك الحق تماما، إذ يصم النص التشريعي الذي يصل إلى هذا الحد بالعوار الدستوري الواضح لخالفته أحكام الدستور (وهذا ما اعتنقته المحكمة بحق في حكمها محل التحليل)، ولا يغير مما تقدم - وأمنت به المحكمة - ماقد يراه البعض من أن قصر الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتخبين للأحزاب السياسية لا يعد منعا للمستقلين من الترشيح ذلك أنه يمكنهم إن رغبوا في الترشيح الانضمام إلى أى حزب من الأحزاب القائمة أو أى حزب ينشأ مستقبلا أو أن ينشئوا حزبا خاصا بهم وفقا للقانون⁽⁷⁹⁾، ذلك أن من نواعي الاستمتاع بحرية الرأي المرتبطة ارتباطا وثيقا بحقى الانتخاب والترشيح احترام رغبة الفرد في الاحتفاظ بذاتيته الخاصة وسماته الفكرية التي تميزه عن غيره، وعدم قهره وقسره للتخلي عنها والانضمام لأى حزب حتى يستطيع ممارسة حقه في الترشيح.

ولا ينال مما تقدم الادعاء بأن هناك طوائف تحرم من حق التشريع مالم تقدم استقالتها من وظيفتها كأعضاء الهيئات القضائية ورجال القوات المسلحة والشرطة والمخابرات العامة... إلخ، إذ الحرمان حينئذ حرمان مؤقت يقوم على أسانيد قوية تبرره وتتفق والأصل الدستوري المقرر بالمادة ٨٩ من الدستور من ضرورة تفرغ عضو مجلس الشعب لعضوية المجلس، أما حرمان المستقلين فهو حرمان دائم ومؤبد.

وبالطبع فإنه لا يجوز قياس الحظر السالف على شروط الصلاحية للتشريع التي يحددها المشرع العادي بتفويض من المشرع الدستوري كشرط السن وإجادة القراءة والكتابة والقيّد بجداول الانتخاب... إلخ لأن تلك الشروط لا تقوض الحق إطلاقاً.

وإذا كان حق التشريع واجباً وطنياً وفق عجز المادة (٦٢) من الدستور، فإن الحظر يجعل الانتماء للأحزاب السياسية واجباً وطنياً هو الآخر وهو مالا يعد مقبولاً وفق أي منطق دستوري.

٢ - أشار الحكم إشارة مقتضبة إلى إخلال النصوص الطعن بها بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما بالمادتين ٤٠، ٨ من الدستور، ونرى أن الأمر كان يحتاج إلى شرح أكبر، ذلك أن مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وفقاً للراجع فقها والمستقر عليه قضاء لتمييز بينهما وهما وجهان لعملة واحدة كما أن أسباب التمييز⁽⁸⁰⁾ غير واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل.

ومما يجدر الإشارة إليه أن اللجنة التحضيرية للدستور الحالي حال نظرها في المادة (٤٠) رأت أن كافة الأمور المفروضة على الإنسان والتي لا خيار له فيها يمنع التمييز على أساسها حتى ولو لم تكن هذه الأمور من بين العناصر الخمسة التي تضمنتها المادة (٤٠) من الدستور، أما الأمور التي يكتسبها الفرد حال حياته كالتعليم فإنه يجوز التمييز على أساسها⁽⁸¹⁾.

ولما كانت المساواة التي اعتنقها المشرع الدستوري هي مساواة قانونية وليست حسابية، فمن ثم يملك المشرع وضع الضوابط اللازمة لتنظيمها دون تجاوز.

والتفرقة التي أقامها المشرع بين المرشح الحزبي والمستقل لا تستند لأساس موضوعي رغم التسليم ابتداء بحق المشرع في اختيار الطريقة المناسبة للانتخاب، دون الإخلال بالطبع بحقوق المرشح المستقل.

والمستقلون حقاً وصدقا قبل الثورة ويعددها لهم دور في الانتخابات البرلمانية في مصر غير منكور، بل إنهم فازوا في ظل تعدد المنابر بنسبة ٤٠٪ تقريباً من مجموع أصوات الناخبين على مستوى الجمهورية بل إن المستقلين قد زاد دورهم على المستوى العالمي.

والخلاصة - وحسبما انتهى⁽⁸²⁾ إليها تقرير هيئة المفوضين في القضية محل التعليق - فإنه لا يحق للمشرع أن يتخذ من الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الاستقلال عنها معياراً لمنح حقوق قرررها الدستور أو لنعها، فإن لجأ لذلك فإنه يكون قد أدخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لأنه يكون قد أقام تفرقة واستثناء لا يستند إلى اعتبارات موضوعية تبرره.

٣ - استعملت المحكمة في هذا الحكم (والحكمن التاليين له الصادرين بجلسة ١٥/٤/١٩٨٩) لغة مؤداها أن التنظيم التشريعي للوائح الانتخابية بما يتضمنه من تنظيم لحق التشريع والانتخاب يكون مخالفاً للدستور « إذا كان الأثر المترتب عليه هو الإهدار أو الانتقاص الجسيم من حق طائفة

من المواطنين في التشريع أو الانتخاب على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين المتماثلين معهم في المركز القانوني» ، وهذا يعني أن المحكمة أخذت بمعيار الأثر التمييزي لقانون تقسيم الدوائر الانتخابية وهذا المعيار يقترب لحد كبير من المعيار الذي أخذت به المحكمة العليا الأمريكية للحكم على دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية والتي تشتمل على إلغاء أو إضعاف لحق المواطن في التصويت⁽⁸³⁾.

٤ - نرى أن الحكم لم يحالف التوفيق حينما لم يشير إلى تعارض النصوص المقضى بعدم دستوريته مع المادة⁽⁸⁴⁾ من الدستور ذلك أن تلك المادة تكفل حرية الرأي ، ولايجوز أن تفرض النصوص المقضى بعدم دستوريته على المواطنين المتمتعين بحقوقهم السياسية والراغبين في الاحتفاظ بحرية رأيهم وتقديرهم الفكري والسياسي أن يكونوا أعضاء في أحزاب وإلا حرموا من ممارسة حقهم في التشريع لعضوية مجلس الشعب. ولإجدال أن تلك النصوص بحظرها التشريع للمستقلين ومن ثم استحالة فوزهم في انتخابات مجلس الشعب قد أغلقت أمام هذه الطائفة من المواطنين بابا هاما من أبواب التعبير عن الرأي بل هو الباب الأبعد الذي لا مسأطة فيه ولا مؤاخذه عما قد يبدى فيه من أفكار أو آراء⁽⁸⁵⁾.

المطلب الثالث

تحليل حكم المحكمة الرابع والتاريخي⁽⁸⁶⁾ الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩

في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩٩ ق ، دستورية ،

تهديد :

في ١٩٩٠/٥/١٩ أصدرت المحكمة الدستورية حكما أحدث زلزالا مهولا في الحياة السياسية لما أحدثه من ربود فعل شديدة، وسيظل هذا الحكم يوما من العلامات المضيئة في التاريخ الدستوري كله، ولا يقل هذا الحكم شأنًا عن حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية ماربري أو في فضيحة ووترجيت.

وقد وصلت القضية للمحكمة نظرا لأن الأستاذ كمال خالد المحامي كان قد تقدم للانتخابات المحدد لها يوم ١٩٨٧/٤/٦ وفقا لأحكام قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، الذي جعل النظام الانتخابي قائما على أساس المواجهة بين الانتخابات بالقوائم الحزبية مع إتاحة الفرصة لمقعد فردي واحد في كل دائرة، وأعطى تعديل القانون المستقلين حق التشريع على المقعد الفردي شأنهم في ذلك شأن الحزبيين، في حين قصر الشارع القوائم على الأحزاب المعترف بها.

ورأى السيد المذكور والذي رشع نفسه للمقعد الفردي مستقلا أن الأسس التي قام عليها النظام الانتخابي بالجمع بين الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردي غير دستورية ، فرفع دعواه أمام محكمة القضاء الإداري طالبا الحكم بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى انتخاب أعضاء مجلس الشعب وبوقف تنفيذ القرار الصلبي بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية بما يتفق مع نظام الانتخاب الفردي ، والحكم في الموضوع بإلغاء هذين القرارين، وأثناء نظر تلك الدعوى طعن رافعها بعدم دستورية القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وإذ تراخى لمحكمة

القضاء الإدارى عدم الدستورية فقد قررت بجلسته ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ وقف الفصل فى طلب الإلغاء وأمرت بإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦.

وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة القضاء الإدارى ثم أثناء تحضيرها ونظرها أمام المحكمة الدستورية العليا كانت انتخابات مجلس الشعب قد تمت بالفعل، وكان المجلس قد أكمل مايقرب من أربع سنوات (87) وأصدر العديد من القوانين - ربما بلغت ٧٠٠ - عند تاريخ صدور الحكم بجلسته ١٩/٥/١٩٩٠.

الفرع الأول

منطوق الحكم وأسبابه

انتهت المحكمة فى المنطوق إلى الحكم بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضواً واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء المثلثين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

وقد تأسس هذا الحكم على مايلى :-

١ - إن الدستور نص فى المادة ٦٢ التى وردت فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة على أن للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون، ومساهمة فى الحياة العامة واجب وطنى، مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حقى الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثلهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة، وعلى أساس أن حقى الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بنون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوماً حتمياً لإعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستورياً.

٢ - إن الدستور إذ كفل - فى المادة ٦٢ منه - للمواطن حق الترشيح غير مقيد بالانتماء الحزبى، وقرر فى المادة ٤٠ منه المساواة بين المواطنين فى الحقوق العامة ومنها حق الترشيح، وهو من الحقوق السياسية التى تأتى فى الصدارة من الحقوق العامة لتعلقها بالإرادة الشعبية العبرة عن سيادة الشعب، وحظر التمييز بينهم فيها بسبب اختلاف الآراء السياسية، وأوجب على الدولة فى المادة الثانية أن تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين، فإن مؤدى هذه النصوص مترابطة ومتكاملة، أن المواطنين المستوفين لشروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب يعتبرون بالنسبة إلى حق الترشيح فى مراكز قانونية متماثلة، مما يتعين أن تكون ممارستها لهذا الحق على قدم المساواة وعلى أساس من الفرص المتكافئة فى الفوز بالعضوية بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية وعدمها على أن يكون

المرجع في الفوز بالعضوية للمرشح مستقلا كان أو حزبيا، طبقا لنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية أو لنظام الانتخاب الفردي - إلى إرادة هيئة الناخبين صاحبة السيادة الشعبية التي هي مصدر السلطات جميعا.

وحيث إنه وإن كان للمشرع سلطة تقديرية في اختيار النظام الانتخابي إلا أن سلطته في هذا الشأن تجد حدها في عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادئ التي نص عليها الدستور وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التي كفلتها نصوصه.

٣ - بعد أن استعرض الحكم مفهومه السليم للمادة (٦٢) من الدستور على النحو المتقدم في (١)، (٢) ناقش نص المادة المطعون عليها بعدم الدستورية مقررًا أنه : - لما كان ذلك ، وكانت المادة الخامسة مكررا من القانون ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بما نصت عليه من أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية تعتبر قاطعة في الدلالة على ما [قصد] إليه المشرع من تحديده مقعدا واحدا - لنظام الانتخاب الفردي في كل دائرة انتخابية - جرى التنافس عليه بين المرشحين أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب، وتخصيصه عدة مقاعد في الدائرة خالصة لمرشحي القوائم الحزبية، ومن ثم فإن هذه المادة تكون بذاتها قد تضمنت في صريح نصها إخلالا بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية في الترشيح على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقي المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية إخلالا أدى إلى التمييز بين الفئتين من المرشحين في المعاملة القانونية وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية تمييزا قائما على أساس اختلاف الآراء السياسية مما يشكل مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور يستوجب القضاء بعدم دستوريته فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

٤ - رغم أن بعض الفقهاء رأى أن الحكم كان يستطيع أن يقف بأسبابه عند هذه الفقرة التي تحمل منطوقه ، إلا أن المحكمة الدستورية فضلت وهي ترسي المبادئ الدستورية السليمة أن تنبه المشرع إلى خطورة التشريع غير الدستوري فبينت طبيعة الحكم الصادر في الدعوى الدستورية بحسبانه كاشفا وليس منشئا^(٨٨).

٥ - ورتبت المحكمة على تكيف طبيعة الحكم الدستوري نتيجته اللازمة مقررًا أنه « لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة فإن مؤدى ذلك ولزامه أن تكون المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه ، وخشية من وقوع انهيار الدستوري فقد استدركت المحكمة وأكدت أن هذا البطلان لا يؤدي البتة إلى ماذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستوري ولايستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير مابنى عليه هذا الحكم.

الفرع الثاني

موقف الفقه المعارض للحكم

لعل حكما لم يلق من البحث والتحليل الفقهيين مثلما لقي الحكم المذكور وسوف نستعرض آراء الفقهاء المعارضين للحكم على النحو التالي :

أ - رأى الدكتور / أحمد كمال أبو المجد :

يمكن استخلاص موقف سيادته مما ذكره بندوة عقدت لاحقة على الحكم بنادى القضاة⁽⁸⁹⁾ ومن مذكرته الأصلية والتكميلية التى قدمها لرئيس هيئة قضايا الدولة حول الدعوى محل الحكم المذكور ورأيه فيها ، وتقوم آراء سيادته على الركائز الآتية :

١ - إن القاضى يقوم بنوع من التشريع، والقاضى بشر ونصوص القانون والدستور حمالة أوجه، وبقدر ما يكون فيها من إجمال وإيجاز بقدر ما يتسع التفويض الممنوح للقاضى، وتظهر الدقة والصعوبة أكثر ما تظهر فى موضوع الرقابة على دستورية القوانين، إذ إن هذه الرقابة تحمل فى طياتها بالضرورة قدرا من التوتر فى العلاقة بين السلطات.

٢ - إن المحكمة الدستورية العليا فى قضائها الأخير كانت مندفعة متحمسة بما يجاوز الحكمة وماتقضييه حسن السياسة، وتحتاج إلى من يقول لها ولكل قاض تمهل وتأن وتبصر وأدخل كل ما عندك من إيمان بمبادئ معينة فى الثوب القضائى الملتمزم بقيم القضاء وتقاليده.

٣ - إن المشرع الدستورى حين فوض المشرع العادى فى اختيار النظام الانتخابى الذى يستحسنه ويراه أصح لمواجهة الظروف والاعتبارات السياسية والاجتماعية القائمة ، فإن ذلك الأخير يكون - وحده - صاحب الحق فى المفاضلة، ومهما بدا من مجانية المشرع العادى للتوفيق فى اختيار النظام الانتخابى فإن هذه المجانية لاتنهض سببا ولاسندا لتدخل القضاء بمراجعة المشرع فى اختياره، إذ ينبغى أن تظل الحدود واضحة تماما بين الاختيار التشريعى وهو من إطلاقات مجلس الشعب وبين الرقابة على دستورية التشريعات وهو اختصاص تملكه المحكمة الدستورية العليا وحدها بمقتضى المادة ١٧٥ من الدستور⁽⁹⁰⁾.

ومن هذه الناحية لا يرى د/ أبو المجد حرجا من أن يقرر بأن إقحام نظام الانتخاب الفردى على نظام الانتخاب بالقائمة على النحو المتسرع الذى جرى، ولون إيجاد نواتر مختلفة يجرى الانتخاب على أساسها بالنسبة لكل من النظامين، مسلك غير موفق واختيار تشريعى غير سليم وأن العول عنه إصلاح سياسى حكيم ومرغوب فيه، لكن لا دور للقضاء فى ذلك.

٤ - إن مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية العامة المقررة فى أكثر النظم الدستورية والمسلم بوجوده حتى مع خلو نصوص بعض الدساتير من الإشارة الصريحة إليه، وقد نص الدستور المصرى على مبدأ المساواة فى عدد من نصوصه لعل أهمها نص المادة (٤٠) المتمم لنص المادة (٨).

والمساواة فى جوهرها - وحسبما يراها د/ أبو المجد - هى التسوية فى المعاملة بين المتماثلين والمخالفة فى المعاملة بين المختلفين، والخطاب الوارد فى المادة (٤٠) خطاب عام يوجهه الدستور إلى سلطات الدولة المختلفة بحيث يلتزم به المشرع فيما يضعه من قوانين، كما تلتزم به السلطة التنفيذية

فيما تصدره من اللوائح والقواعد التنظيمية وفيما تصدره من قرارات فردية، كما تلتزم به السلطة القضائية في إدارتها لمرفق العدل ، وقضاؤها بين الناس.

وتتفرع عن نسبية المساواة نتيجتان :

الأولى : إن المساواة الحسابية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة ليست ممكنة في كثير من الأحوال ، وأن الخلل اليسير في تطبيق مبدأ المساواة أمر ينبغي التجاوز عنه.

الثاني : إن اختلاف المعاملة بين أصحاب المراكز المتماثلة المشابهة ليس بالضرورة تمييزا ممنوعا بمقتضى المبادئ الدستورية المتعلقة بالمساواة، إذ الواضح من نص المادة (٤٠) أن التمييز المحظور - أساسا - هو التمييز بين المواطنين في المعاملة القانونية بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

وفي ضوء هذه الحقائق الأساسية انتهى أكثر الشراح الدستوريين إلى ضرورة الانتباه إلى الفارق بين التمييز **discrimination** الذي تحرمه النصوص الدستورية وبين التقسيم أو التصنيف **classification** والذي تتطوى عليه جميع التشريعات التي تخص جماعة أو فئة أو طائفة بحكم قانوني خاص أو معاملة خاصة .

ويضع الدكتور/ أبو المجد معيارا مزدوجا للفرقة بين التمييز المحظور من ناحية والتقسيم الجائز من ناحية أخرى :

١ - شق الأول أن التقسيم الجائز ينبغي أن يرتب المعاملة أو الحكم القانوني الخاص على وجود صفة أو واقعة خاصة ومتميزة تربطها بالنتيجة التي يرتبها القانون رابطة منطقية يمكن تحديدها، فإذا قرر قانون العاملین المدنيين مزايا خاصة للعاملين في بعض المناطق النائية، أو للعاملين في بعض المرافق التي تهدد الصحة بأخطار معلومة، فإن أفراد أولئك العاملين بمعاملة خاصة من حيث المزايا كزيادة المرتب أو تقرير بدل خاص أو احتساب أقدمية خاصة في الوظيفة والاستحقاق للترقية إلى الدرجة الأعلى ، كل ذلك يعتبر تصنيفا جائزا مادام يقوم على سبب منطقي مرتبط بالنتيجة التي رتبها التشريع أو القرار.

٢ - أما الشق الثاني فهو وجود قرينة بعدم دستورية التمييز المستند إلى الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة بحيث يتعين إثبات العلاقة المنطقية بين أساس التمييز في هذه الحالات وبين النتيجة التي رتب عليها.

وبذلك تكون قرينة الدستورية التي تقوم كئصل عام لصالح التشريع غير قائمة في حالة التمييز المستند إلى أحد العناصر الخمسة السالفة.

والفرقة في المعاملة التي تخالف مبدأ المساواة يمكن أن تكون بين أفراد داخل طائفة أو بين طوائف بأكملها وغيرها من الطوائف دون تمييز بين أفراد الطائفة الواحدة، طالما أن تخصيص الطائفة بمعاملة خاصة لا يستند إلى اعتبار موضوعي معقول (91).

ويخلص الدكتور كمال أبو المجد بعد هذا الاستعراض المطول وتطبيق المبادئ المذكورة على واقعات الدعوى إلى النتائج الآتية :

أولا - إن التفسير الصحيح لبدء المساواة يقتضى إجراء حكمة بالمقابلة بين المراكز القانونية المتماثلة ، والتثبت من عناصر التماثل قبل تقرير أمر يتعلق بالخروج على مبدأ المساواة .

ثانيا - إن المقابلة فى خصوص الدعوى الماثلة لايحوز أن تجرى بين المرشحين المستقلين فى الدوائر الفردية والمرشحين على القوائم الحزبية، فهذا نظام وذلك نظام، والتفاوت بين المركز الواقعى لكل منهما أمر استلزمته طبيعة النظامين، وهو قائم وحاصل فى كل الأحوال، ولايطالب المشرع إلا بماهو مستطاع كما لايحوز إلزامه بما لايلزم. واختيار المشرع الترشيع مستقلا هو الذى حدد - فى الواقع - مركزه القانونى والمساواة الواجبة حينئذ إعمالا لنصوص الدستور ، إنما ينبغى البحث عنها فى إطار المقابلة بين المرشح الفردى المستقل والمرشح الفردى الذى ينتمى إلى حزب من الأحزاب .

والتقارب بين المركز الواقعى للمتقدمين لترشيح أنفسهم وفقا للنظامين وإن كان ثمره النظام القانونى الحاكم للنظامين فهو نوع من التقسيم classification الذى يتسع له مبدأ المساواة ولايضيق عنه.

وحين ينتقل المجتمع بقرار سياسى يجد مكانه فى نصوص الدستور من نظام الحزب الواحد إلى نظام الأحزاب المتعددة فلا غرابة فى اختياره نظام الانتخاب بالقائمة، ولايمك الفرد فى مواجهة ذلك كله أن يقول أنه لايفضل ذلك النظام ويصر على خوض الانتخابات فردا، و على النظام القانونى والسياسى ليس فقط افساح المجال له ليمارس مايفضله وإنما كفالة قرص متساوية مع المرشحين الآخرين الذين تقدموا للترشيح بالقائمة، والذى هو نظام أقره القانون.

ب - رأى الفقه المئادى بالانتهيار الدستورى :

ويمثله كل من الدكتور محمود عاطف البنا ، والدكتور عبد النعم محفوظ .

١ - رأى د/ محمود عاطف البنا(92):

يرى سيادته أن القاعدة المقررة بالنسبة للأحكام أنها كاشفة وليست منشئة، وعلى ذلك فحكم المحكمة الدستورية العليا يكشف حقيقة هذا البطلان ولاينشئه ، ومن ثم فهو يقرر شيئا قائما فعلا بحكم الدستور، ولما كانت الحجية تثبت لمنطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطا جوهريا، فمن ثم فإن القضاء ببطلان تشكيل مجلس الشعب يكون أكثر ارتباطا بمنطوق الحكم من مسألة صحة أو عدم صحة ما أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات .

ويعيب سيادته على ما انتهى إليه الحكم بأسباب السابقة مباشرة على المنطوق بأن بطلان المجلس المذكور منذ انتخابه لايدوى إلى وقوع انهيار دستورى ولايستتبع إسقاط ما قرره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية.

ويرى سيادته أن هذا الحل لايتسق مع المنطق القانونى المجرد إذ الأصل أن عدم الدستورية يستتبع البطلان وما ينبغى على الباطل فهو باطل.

ويعيب سيادته على المحكمة أنها لم تبين الأساس أو الأسس القانونية التى أملت عليها هذا الحل ، وهو أمر مطلوب إذ المحكمة مهما كانت طبيعة وظيفتها المتميزة فى حماية الشرعية الدستورية فإنها إنما تباشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانونى.

وإذا كان حقا أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة لا تترد إلى استخلاص قواعد قانونية مجردة تفرغها في أحكامها ، وإنما هي رقابة تمارسها محكمة أمينة على مسئوليتها ، متفهمة لراميها ، مستجيبة لمطالباتها ، فإنه يبقى دائما أن المحكمة تباشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانوني ومقيد بضوابطه ، ولذلك كان من المأمول أن تبين المحكمة الاعتبارات الفنية التي أقامت عليها قضاها في هذه المسألة.

٢ - رأى د/ عبد المنعم محفوظ :

يعد سيادته من أكبر الإراء الفقهية - في تقديرنا - اهتماما بالحكم وتحليلا له⁽⁹³⁾ ، ويرى سيادته أن المحكمة قد اجتهدت اجتهدا جيدا ربما لم تطبقه من قبل في العديد من الأحكام الشهيرة التي أصدرتها منذ إنشائها ، والغريب في الأمر أنها لم توضع الأسس الفلسفية أو حتى الحيل القانونية *fictions juridiques* التي ارتككت إليها في أسباب حكمها ، ويتمثل هذا الاجتهاد الجديد في أن المحكمة أرادت - بقصد أو بدون قصد - في الأسباب دون المنطوق تحقيق أمرين متناقضين.

الأول - الكشف عن بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه.

الثاني - التأكيد على عدم انسحاب البطلان أو شموله للقوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من المجلس .

وبالنسبة للأمر الأول يرى سيادته أن المحكمة الدستورية العليا لم تأت بجديد فيما يتعلق بشق البطلان الوارد في أسباب الحكم ، ذلك أن بطلان تشكيل مجلس الشعب كان قد تقرر بأحكام محكمة القضاء الإداري (دائرة منازعات الأفراد والهيئات) بجلسة ٢١ من إبريل سنة ١٩٨٧ في الدعاوى أرقام ٣٣٨٥ و ٢٤٥٢ و ٣٤٨٣ لسنة ٤١ ق والمؤيدة من المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر في الطعون أرقام ١٩٠٠ و ١٩٢٠ و ١٩٢٢ لسنة ٢٣ (ق ع) ، إذ إن أحكام المحكمة الأخيرة باتة ونهائية وحائزة لقوة الأمر المقضى ، بحسبانها صادرة من قمة سلم القضاء الإداري في مصر ، وهي سابقة بيوم على أول جلسات المجلس المنعقدة في ١٩٨٧/٤/٢٢ لصورها في ١٩٨٧/٤/٢١ .

وإذا كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا هي أحكام نهائية وباتة تنفذ في مواجهة أطراف الدعوى (وزير الداخلية ورئيس مجلس الشعب بصفتها والطاعنين) ، فهي نافذة كذلك من باب أولى في مواجهة كافة الهيئات القضائية الأخرى ومن بينها المحكمة الدستورية العليا .

وهكذا يرى سيادته أنه ماكان يسوغ - في صحيح علم القانون - أن تعرض المحكمة الدستورية العليا ، حتى ولو كان التعرض في أسباب الحكم ، لمسألة بطلان تشكيل مجلس الشعب أو حتى مجرد إثارتها مرة أخرى طالما صدر بشأنها حكم نهائي بات وحائز قوة الأمر المقضى ، إذ يلزم أن يمثل المجتمع - قضاة ومتقاضين ومحامين وسلطات عامة - لأحكام القضاء النهائية الباتة .

وبالنسبة للأمر الثاني يرى سيادته أن المحكمة قامت فيه بدور سياسي ظاهر ومكشوف ، إذ يبين من الفقرة الأخيرة من الأسباب أن المحكمة قد كملت بمكيالين متمايزين ، كبل أبطلت فيه تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه رغم صدور أحكام قضائية باتة وحائزة لقوة الأمر المقضى ، وأخر أصيغت به التشريعية على القوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من مجلس الشعب (الباطل) منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية⁽⁹⁴⁾.

وهكذا يخلص د/ عبد المنعم محفوظ إلى أنه لا يكون قد ركب الشطط لو تخيل المحكمة الدستورية تريد أن تعيد عجلة التاريخ ومعها عقارب الساعة إلى الوراء وتنتهج ذات النهج الذى كانت عليه المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية، عندما سيطرت على مجريات الأمور والأحداث فى فترة من فترات التاريخ السياسى والدستورى لهذه البلاد (ثلاثينات القرن العشرين) الأمر الذى أدى إلى وصفها بحكومة القضاة.

ج - رأى الفقه المنادى بالحجية للمنطوق دون الأسباب :

ويمثله المستشار الدكتور فتحى عبد الصبور⁽⁹⁵⁾ الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا حيث تقوم ركائز أفكاره على مايلى :

(١) إن الحكم بعدم دستورية النص التشريعى يبطله ويسقط عنه قوته التشريعية .

(٢) إن أثر الحكم يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته على أن يستثنى من إعمال هذا الأثر المراكز والأوضاع القانونية التى تكون قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم.

(٣) لا يمكن القول - فى ضوء ذلك - إن الحكم بعدم الدستورية إذا تعلق بنص فى قانون الانتخاب يبدى حتماً وبطريق اللزوم إلى حل مجلس الشعب أو أن هذا الحل نتيجة للحكم، كما أنه لا يمكن القول كذلك وبذات الحسم بأنه يتعين حل مجلس تشريعى إذا حكم بعدم دستورية قانون جاء فى ظله متى كان هذا المجلس قد استقرت أوضاعه القانونية والدستورية .

(٤) إن حل المجلس - لو تحقق - فإنه لايتأتى إلا عن طريق قرار سياسى يصدر من رئيس الجمهورية ولاعلاقة له بالمحكمة الدستورية.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

استعرضنا فيما سلف آراء جماعة من رجال الفقه، وقد تعمدنا أن تعرض لرأى الأستاذ الدكتور / أحمد كمال أبو المجد بدعاة لأنه يمثل رأياً فقهياً معارضاً للأسس التى قام عليها منطوق الحكم من الناحية الموضوعية أى يمثل رأياً فقهياً يرفض القضاء أصلاً بعدم الدستورية، وقد تكفل الحكم بالرد على آراء الدكتور / أبو المجد بما لائرى معه الإعادة منعاً للتكرار.

وقد تعرضنا بعد ذلك لموقف الأستاذ الدكتور/ عاطف البنا بوصفه يدعو للاننيار الدستورى من زاوية أن الأثر الرجمى يقتضى بطلان تشكيل المجلس ويطلن ما أقره بحسبان أن مابنى على الباطل فهو باطل، وهنا يمكن الرد على ذلك بأن قانون الانتخاب ذو طبيعة خاصة تميزه عن بقية القوانين بحسبان أنه قانون يؤدى إلى تكوين الجهاز التشريعى الذى يضع باقى القوانين، ولايعقل أن بطلان فقرة فى قانون الانتخاب تكون على أساسها المجلس التشريعى يؤدى إلى بطلان كافة أعمال المجلس.

وبعبارة أخرى لقد واجهت المحكمة وضعا جديداً يتعلق فيه الأمر بقانون مهيم على غيره من القوانين على نحو تثار مع دستوريته وبالتبعية أبعاد غير مسبوقه ولا محدودة، الأمر الذى تطلب من

المحكمة جهدا إضافيا لوضع الأمور في نصابها الصحيح، لأنه وإن كان عدم الدستورية يستتبع الإعلان إلا أن اعتبارات الاستقرار واستمراره استدعت القضاء بأن عدم دستورية القانون لايمس القوانين المعمول بها قبل نشر الحكم بل والقرارات والإجراءات الأخرى، أى كافة أعمال المجلس .

وإذا كان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يحد منه الحكم الحائز قوة الأمر المقضى والذي يتعلق بحالات فردية فالأمر أدعى بالنسبة للقوانين ذات العمومية والتجريد .

وإذا كان الحكم قد تكفل هو الآخر بالرد على المستشار الدكتور/ فتحي عبد الصبور، فلا يبقى إلا رأى الأستاذ الدكتور/ عبد المنعم محفوظ والذي يمكن الرد عليه بما يلي :

١ - إنه ليس هناك فى صحيح علم القانون مايقطع بأن صدور حكم بعدم صحة عضوية حوالى ٧٦ عضوا من أعضاء مجلس الشعب من شأنه أن يؤدى إلى بطلان تشكيل المجلس ككل ولو كان هذا الحكم باتا وصادرا من المحكمة الإدارية العليا.

وصفوة القول حينئذ أن هذا الحكم ربما يثير شكوكا فحسب فى صحة تكوين المجلس، فإذا جاءت المحكمة الدستورية العليا وقطعت الشك باليقين وهى تمارس سلطاتها الداخلة فى إطار اختصاصها برقابة الدستورية فلا يجدر لومها على ذلك.

فتقرير بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ تكوينه هو أثر حتمى ونتيجة مباشرة فى ارتباطها بالمنطوق الذى انتهت إليه المحكمة، وما كانت المحكمة - بحكم رسالتها التى حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التى أنشأها الدستور حارسة لأحكامه وبصفتها قوامة على صونه وحمايته - لتغفل الإشارة فى أسبابها إلى بطلان مجلس الشعب منذ تكوينه، لتتركنا فى حيص بيص من هذا الأمر، وإذا كانت قد وجدت أصوات فى الفقه تدعو لعدم بطلان تشكيل مجلس الشعب رغم الإشارة الصريحة بالأسباب إلى ذلك فما بالك لو كانت المحكمة قد أغفلته ؟.

وإذا كان بطلان المجلس قد حسم بأحكام المحكمة الإدارية المشار إليها، فلماذا ظل هذا المجلس يباشر اختصاصاته حتى صدور حكم المحكمة الدستورية العليا؟.

إن الثابت أن حكم المحكمة الدستورية العليا هو الذى أدى مباشرة إلى حل المجلس رغم قيام رئيس الجمهورية باستفتاء الشعب على حله.

والأمر الذى لانشك فيه إطلاقا هو أنه لوكانت المحكمة قد استمعت إلى مانادى به الدكتورعبد المنعم محفوظ ، لظل المجلس كما هو دون حل، وكان أقصى مايسمى هو تعديل الفقرة المقضى بعدم دستوريته بالنسبة للانتخابات اللاحقة .

٢ - ربما كانت عظمة الحكم أنه تعدد - حسبما نظن - عدم ذكر سبب قضائه باستمرار قوانين وقرارات المجلس وأعماله على أصل صحتها وذلك حتى يترك هذا الأمر الشاق لاجتهاد الفقه من كل صوب، وحقا فإننا نعجب من اتهام المحكمة بأنها تمثل فى هذا الحكم عودة إلى عصر حكومة القضاة إذ العكس هو الصحيح ، فلو كانت المحكمة قد تركت الأمور على عواهنها وحققت الانهيار الدستورى لاستحقت بالفعل هذا الوصف، ولحدثت تداعيات نحمد الله أنها لم تحدث وقد كان أقربها على الإطلاق إلغاء المحكمة بتعديل دستورى.

ويلاحظ أن الأحكام الثلاثة السابقة على الحكم محل التحليل والمتعلقة بدستورية أنظمة تقسيم

الوآثر الانتخابية كانت تستخدم معيار (الأثر التمييزي) لقانون التقسيم، والذي مؤداه الحكم بعدم الدستورية إذا تبين للمحكمة من خلال الفحص الموضوعي لنصوص القانون أنه يؤدي إلى الإهدار الكامل أو الإضعاف الجسيم لحق طائفة من المواطنين في الترشيح أو الانتخاب على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين، ولذلك قضت المحكمة بعدم دستورية قصر العضوية لمجلس الشعب والشورى والمجالس المحلية على المنتمين للأحزاب السياسية لأن ذلك يؤدي لحرمان المنتمين غير المنتمين لأحزاب سياسية حرمانا مطلقا من حق الترشيح دون مقتضى من طبيعته أو متطلبات مباشرته.

وبالنسبة للحكم محل التحليل أخذت المحكمة بمعيار آخر نادر الاستخدام وهو معيار (التمييز) لوضعي التقسيم، إذ إن مواد قانون التقسيم قاطعة في دلالتها على أن قصد المشرع هو التمييز في المعاملة بين فئات المرشحين تمييزا قائما على أساس الانتماء الحزبي.

ويقترح د/ عادل خليل (٩٦) - ونحن معه - اقتصار المحكمة في تقويمها لدستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية على معيار - الأثر التمييزي - وحده، والذي يبدو أن معظم أحكام المحكمة السابقة استقرت على الأخذ به في القضايا التي تناولت مخالفة مبدأ المساواة (٩٧) وتكافؤ الفرص، لأنه أقل صعوبة في الإثبات ويبعد المحكمة عن شبهة تقصى البواعث، ويستدرك سيادته ويرى أن الأخذ بمعيار القصد التمييزي لا يعني أن المحكمة أخذت بمعيار غير موضوعي يستلزم تحري بواعث المشرع، إذ المحكمة في الواقع يمكنها التوصل إلى توافر القصد التمييزي لدى المشرع من خلال البحث الموضوعي لنظام التقسيم.

ويلاحظ أن المحكمة لم تدرس في أي من أحكامها الأربعة مسألة التفاوت بين الوزن النسبي للأصوات نتيجة التفاوت بين أعداد السكان لبيان ما إذا كان قد تم الإخلال بحق الانتخاب من عدمه، ولا يفسر ذلك سوى ماقرره الأستاذ الدكتور كمال أبو المجد (٩٨) من أن هذه المسألة تقترب كثيرا من أن تكون مسألة سياسية ، وليس معنى هذا أن تخرج الدعوى من اختصاص المحكمة على ما هو مقرر في نظرية أعمال السيادة ، وإنما معناه أن تتجنب المحكمة في شأنها مراجعة تقدير المشرع وإحلال رأيها محل رأيه (وهذا ماسلكته محكمتنا الموقرة).

وبدأة ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أن المسألة السالفة من المسائل السياسية ثم عدلت في قضية بيكر ضد كار، ثم عادت بعد ذلك إلى الترخص في قبول درجات من التفاوت كانت ترفضها في حكم بيكر سنة ١٩٦٢.

ويلاحظ بصفة عامة أن محكمتنا الموقرة كانت متحمسة ومقدامة في التصدي لدستورية أنظمة التقسيم ورفضت اعتبارها من المسائل السياسية، ولم تغفل إلا مسألة اختلاف الوزن النسبي للصوت الانتخابي سألته الذكر بون غيرها من مسائل التقسيم، وربما يرجع السبب، للنص على اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة الدستورية بصلب الدستور خلافا للحال بالنسبة للمحكمة العليا والتي قررت بنفسها لنفسها حق الرقابة رغم غياب النص الصريح بالدستور على ذلك.

ولا يبقى بعد كل ماسلف إلا أن نشير إلى أن أغلبية الفقه كانت تؤمن بضرورة حل مجلس الشعب القائم آنذاك وقد اختلف الرأي حول وسيلة الحل على النحو التالي :

١ - رأى يذهب إلى اعتبار المجلس منحلًا بقوة القانون - منذ نشر الحكم بحسبان أن الحكم

كاشف عن مراد الدستور ومفهومه في القضية المطروحة، ومن ثم فإن الأمر لا يحتاج إلى وسيلة قانونية أخرى بجوار حكم المحكمة.

٢ - ورأى آخر ذهب إلى ضرورة أن يصدر قرار تمهيدى يحل المجلس يشير في ديباجته إلى المادة ٧٢ من الدستور التي تجعل رئيس الجمهورية حكما بين السلطات، ثم يشير القرار الجمهوري إلى حكم المحكمة الدستورية العليا ثم يقرر اعتبار المجلس منحلا من يوم صدور الحكم.

٣ - وذهب رأى ثالث إلى أن يجري الاستفتاء على حل المجلس ثم يجري بعد ذلك حله (٩٩).

ونرى أن أفضل الحلول كان هو الحل الثاني إلا أنه أخذ بالرأى الثالث رغم خطورته في احتمال عدم موافقة الشعب على الحل، ورفض بعض كبار الفقهاء له (١٠٠). وكان من الواضح وجود اطمئنان إلى أن الناس قد ضاقت من المجلس وأن الاستفتاء سينتهي قطعاً إلى حله، وهو ما حدث بالفعل (١٠١).

وصدر قرار جمهوري بقانون يعيد النظام الانتخابي الفردي بعد هذه المعارك القضائية المشار إليها، وعلى أساس هذا النظام أجرى الانتخابان اللاحقان لمجلس الشعب.

المطلب الرابع

حق الاستفتاء الشعبي

تمهيد :

إذا كانت الديمقراطية المباشرة هي حكم الشعب لنفسه بنفسه، والديمقراطية النيابية يتولى فيها الحكم نواب عن الشعب، فإن الديمقراطية شبه المباشرة هي وسط بين النظامين حيث ينتخب الشعب من يمثله في مباشرة الحكم مع احتفاظه بحق التدخل أحيانا بنفسه في بعض الأمور وذلك بعدة طرق منها، الاقتراح والاعتراض الشعبيين وكذا الاستفتاء الشعبي.

وقد عرف نظامنا السياسي الاستفتاء لأول مرة في دستور سنة ١٩٥٦ بمناسبة اختيار رئيس الجمهورية حيث كان النظام ملكيا قبل الثورة.

وقد أخذ الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ بالاستفتاء في ست حالات:

١ - الاستفتاء على اختيار رئيس الجمهورية (مادة ٧٦).

٢ - الاستفتاء على إعلان وتعديل الدستور (م ١٩٣ ، م ١٨٩).

٣ - الاستفتاء على الخلاف بين مجلس الشعب والحكومة (م ١٢٧).

٤ - الاستفتاء على الإجراءات المترتبة على تطبيق المادة ٧٤ من الدستور.

٥ - الاستفتاء على حل مجلس الشعب (م ١٣٦).

٦ - الاستفتاء في المسائل الهامة (م ١٥٢).

والحالات الثلاث الأولى لم تحن الفرصة للمحكمة الدستورية لتناولها بعكس الحالات الثلاث

الأخيرة، وسوف نحلل قضاء المحكمة بشأن الاستفتاء في الفرع الأول وفي الفرع الثاني سوف نبين رأينا في الموضوع.

الفرع الأول

تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بحق الاستفتاء المنصوص عليه بالمواد ١٣٦، ١٥٢، من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١

أ - المادة (٧٤) (102)

تنص المادة (٧٤) من الدستور على أنه « لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب ، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها ».

وقد استخدم رئيس الجمهورية هذه المادة مرتين، الأولى عقب انتفاضة ١٨، ١٩ يناير سنة ١٩٧٧ والمعروفة باسم انتفاضة الحرامية، حيث أصدر الرئيس السادات القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ والذي نصت مادته رقم (١١) على طرحه للاستفتاء الشعبي تطبيقاً لحكم المادة (٧٤) من الدستور، والمرة الثانية كانت نتيجة الفتنة الطائفية بين المسلمين والمسيحيين سنة ١٩٨١ والمعروفة باسم أحداث الزاوية الحمراء، حيث أعلن الرئيس السادات أيضاً تطبيق المادة (٧٤) ، وأصدر القرار الجمهوري رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٥ سبتمبر ١٩٨١ بدعوة الناخبين المقيدة أسماؤهم في جداول الانتخاب يوم الخميس ١٠ سبتمبر ١٩٨١ ، لإبداء الرأي في الاستفتاء على إجراءات ومبادئ حماية الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي الواردة في بيان رئيس الجمهورية إلى الشعب المصري في ٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ المرفق بهذا القرار .

وكان من ضمن الإجراءات التي اشتملها القرار الجمهوري رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٨١ القرار رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ بحل عدد من الجمعيات المشهورة وفقاً لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة، ومن بينها جمعية أنصار السنة المحمدية فرع سوهاج، ونظراً لأن القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ كان قد أضاف بنداً جديداً للمادة (٣٤) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٤ بشأن حماية القيم من العيب مقتضاه اختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل في التظلمات من الإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة ٧٤ من الدستور فقد حدث تنازع إيجابي بين جهة القضاء الإداري من ناحية وجهة قضاء القيم من ناحية أخرى، الأمر الذي أعطى الفرصة للمحكمة الدستورية العليا للفصل في الأمر مما اقتضى تحليل طبيعة قرار رئيس الجمهورية بحل الجمعية موضوع النزاع، حيث قضت المحكمة بأنه لا يعود أن يكون قراراً إدارياً شأنه في ذلك شأن القرار الذي يصدر عن وزير الشؤون الاجتماعية بحل الجمعيات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ إعمالاً لنص المادة ٥٧ منه إذا ثبت ارتكابها لمخالفة جسيمة للقانون أو خروجها على النظام العام أو الآداب.

واستدركت المحكمة (103) وأكدت أنه لا يحول الاستفتاء الشعبي دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التي شابته، إذ ليس من شأن هذا الاستفتاء أن يرد قراراً معدوماً إلى الحياة ولا

إسباغ الصحة على قرار ولد باطلا، ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة، ذلك أن العبرة في تحديد التكليف القانوني لأي عمل تجرية السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان عملا إداريا أم من أعمال السيادة هي بطبيعة العمل ذاته (104).

ب - المادة (١٣٦) :

تنص تلك المادة على أنه « لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء »

وقد سبق لنا تناول الخلاف الفقهي الذي تم إثر صدور حكم المحكمة الدستورية التاريخي (105) بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ ، وانتهى الأمر الى الأخذ بالرأي الثالث الذي نادى بالاستفتاء على حل المجلس ثم يجرى بعد ذلك حله.

وتنفيذا لهذا الرأي أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب، فأقيم إشكال أمام المحكمة الدستورية العليا طلب فيه الحكم بصفة مستعجلة بقبول الإشكال شكلا ويوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب في يوم ١١ أكتوبر ١٩٩٠ شاملا كافة آثاره، مع الحكم تبعا لذلك باستمرار تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب متضمنا قضاء ببطلان عضوية أعضائه وتشكيله، وقد انتهت المحكمة في هذه الدعوى إلى القضاء بعدم الاختصاص تأسيسا على أن القرار الطعين إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين التي تمثل القاعدة الشعبية في أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة، وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التي تتعلق بممارسة سلطة الحكم ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التي تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية بصدد إجرائها يغير معقب من القضاء (106).

ج - المادة (١٥٢) :

نصت تلك المادة على أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا ».

وقد طبقت هذه المادة ثلاث مرات :

١ - المرة الأولى الاستفتاء الذي جرى على ورقة أكتوبر سنة ١٩٧٤ في ١٥ مايو سنة ١٩٧٤ ، والتي قدمها الرئيس السادات عقب انتصار أكتوبر ١٩٧٣ ، وحدد فيها أهداف المرحلة القادمة وبرنامج عمل هذه المرحلة، والمرة الثالثة كانت تتعلق بالاستفتاء على معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل والاتفاق التكميلي الخاص بالحكم الذاتي الكامل في الضفة الغربية وقطاع غزة.

ولم يتح للمحكمة الدستورية العليا الإدلاء بصدد هذين الاستفتاءين بقضاء.

٢ - المرة الثانية - وهي الوحيدة التي أتيح للمحكمة الدستورية الإدلاء بشأنها بقضاء تناول تكليف مسألة الاستفتاء - وهي تلك المتعلقة بالاستفتاء على مبادئ حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي في ٢١ مايو سنة ١٩٧٨، والذي صدر بناء عليه القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي . ونص القانون المذكور في مادته الرابعة على أنه «لا يجوز

الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من تسبب في إفساد الحياة السياسية قبل ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ سواء كان ذلك بالاشتراك في تقلد المناصب الوزارية منتميا إلى الأحزاب السياسية التي تولت الحكم قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢، أو بالاشتراك في قيادة الأحزاب وإدارتها ، وذلك كله فيما عدا الحزب الوطني ، والحزب الاشتراكي (حزب مصر الفتاة) وكان المدعى الاشتراكي قد أصدر قراراتين تضمنتا إخطار شخصين بانطباق حكم المادة الرابعة عليهما فطعنا فيهما بوقف التنفيذ والإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري التي أحالت الدعوى إلى المحكمة الدستورية لبحث مدى دستورية المادة الرابعة المذكورة.

وقد دفعت الحكومة أمام المحكمة الدستورية الطلبا (107) بعدم اختصاصها بنظر الدعوى تأسيسا على أن النص التشريعي المطعون عليه قد صدر بعد استفتاء شعبي تم إعمالا لنص المادة ١٥٢ من الدستور، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية، فلجأت المحكمة على هذا الدفع بأنه مرهوب لأن نص المادة (١٥٢) من الدستور لا يخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقرر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها من الناحية السياسية، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - نزيعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ، إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة (١٨٩) من الدستور، وبالتالي لاتصح هذه الموافقة لما قد يشوب النصوص التشريعية المقتنة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور ، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور ، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة الدستورية، هذا فضلا عن أن النص التشريعي المطعون عليه قد صدر في شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين في مباشرة الحقوق السياسية التي كفلها الدستور، والتي ينبغي على سلطة التشريع ألا تنال منها وإلا وقع عملها مخالفا للدستور، ومن ثم لا يكون ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية .

الفرع الثاني

رأينا في الموضوع

يلاحظ أن نتائج الاستفتاء في مصر تدور في معظمها في دائرة التوسعات فهي بين ٩٩٪ و٩٩.٩٩ ، ولا يشذ عن ذلك الاستفتاءات التي جرت في ظل دستور ١٩٧١. ومن البديهي أن هذه الأرقام مبالغ فيها وتوحي بعدم الاطمئنان لنتيجة هذا الاستفتاء، إذ من المستحيل عقلا حسبا يرى د/ محمد قدرى حسن⁽¹⁰⁸⁾ ورود هذه الموافقات شبه الإجماعية على هذه الاستفتاءات فالناس مختلفون في طبائعهم وآرائهم واتجاهاتهم ومصالحهم لدرجة لا يمكن أن تصل بهم إلى مثل هذا الاتفاق الذي لا يتحقق للرسول والنبيين، ولا يتصور أن قوة بشرية تستطيع جمع الناس على كلمة واحدة لا يختلفون عليها.

ونرى أنه طالما لا يتحقق الإشراف القضائي الكامل على الانتخابات فإن نتائجها وليس فقط الاستفتاء تكون غير حقيقية.

ولا يتحقق الإشراف القضائي الكامل إلا بأن يتولى الإشراف على كل صندوق من صناديق اللجان الفرعية قاض، ولا يجوز التحجج بقلّة عدد القضاة إذ يمكن أن يتولى الأمر كافة أعضاء الهيئات القضائية ، ويمكن أن يجري الانتخاب في أكثر من يوم.

ويبدو التزوير الانتخابي جلياً في أن اللجنة العامة المكونة من مائة صندوق مثلاً لا يشرف القضاة إلا على عشرة منها، دون بقيتها، وعند الفرز نجد أن الصندوق الذي أشرف عليه القاضي إذا كان لا يزيد عدد الأصوات فيه في المتوسط عن ثلاثين صوتاً، فإن الصناديق الأخرى التي لا إشراف قضائي عليها تصل فيها عدد الأصوات إلى مائتين وثلاثمائة.

ولا يفسر هذا التناقض إلا بوجود تزوير.

كما يلاحظ (109) تدنى المستوى الوظيفي للموظفين الذين يتولون رئاسة اللجان الفرعية، فهم في معظمهم من الموظفين ذوي المؤهل المتوسط والذي لا يزيد الدخل الشهري لأى منهم عن مائة جنيه الأمر، الذي يسهل إما رشوتهم أو إرهابهم.

ويوم يثق المواطنون في نزاهة الانتخابات والإشراف القضائي الكامل عليها فسوف يندفعون انخفاً محمواً للقيد في الجداول الانتخابية - بعكس ما هو حادث الآن .

ويبدو أن ظروف البيئة (110) الانتخابية الموجودة في مصر كان هو الدافع الأعظم للمحكمة الدستورية نحو ما قضت به بشأن حق الاستفتاء.

ولذلك فإن المرء يتعجب حقاً مما رآه أستاذنا الدكتور (111) الطماوى من أن القانون الذي يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسرى حتى ولو خالف الدستور، إذ يعتبر الدستور حينئذ قد عدل بمقتضى هذا القانون مما يرفع القانون الذي تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستوري.

ولاشك عندنا في أن هذا الرأي لو أخذت به المحكمة الدستورية العليا لأدى إلى القضاء على الدستور في مجمله وليس فقط مبدأ أو اثنان منه.

ويبدو من قضاء المحكمة الدستورية العليا أنها حمت أصل الحق في اللجوء إلى الاستفتاء احتراماً منها للنصوص الدستورية التي تقره، إذ لم تتدخل لمنع اللجوء إليه في القضية رقم ٤ لسنة ١٢ق (منازعة تنفيذ) ، جلسة ١٠/٩/١٩٩٠، بحسبانه يتعلق باستطلاع رأى الناخبين في مسألة سياسية، وهي تلك المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية.

كما لم تنكر المحكمة على رئيس الجمهورية حقه في استفتاء الشعب إعمالاً لنص المادة (١٥٢) من الدستور ولا ضرورة استفتاء الشعب على الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة (٧٤) من الدستور، إلا أن المحكمة من ناحية أخرى أكدت على أن هذا الاستفتاء لا يصح العيوب الدستورية التي تنطوي عليها النصوص التشريعية المقتنة للمبادئ التي وافق عليها الشعب في الاستفتاء ، ولا يصح القرارات الإدارية المعنومة أو الباطلة.

وهكذا تبو عظمة محكمتنا الدستورية في حمايتها لحق الاستفتاء تارة وفي عدم إنكارها له تارة، إلا أنها في ذات الوقت لم تعمل هذا الحق إلى نهاياته غير المنطقية التي قد تؤدي - بل يقينا ستؤدي - إلى تآكل باقى الحقوق الدستورية.

المبحث الثاني

المجال الاقتصادي

تقسيم :

يعد المجال الاقتصادي مرتعا خصباً لنشاط المحكمة الدستورية وسوف نرى أن المحكمة في هذا المجال كانت - كالعهد بها دائماً - موفقة في أحكامها.

ولما كانت القوانين التي تفرض الضرائب مرتبطة بالمجال الاقتصادي لذا سندرسها في مطلب أول وفي مطلب ثان سندرس حق الملكية وكيف فهمته المحكمة وحمته بصفة عامة ، ولما كانت العلاقات الإجبارية تعد مثالا واضحا لدقعة من القضايا التي حمت فيها المحكمة حق الملكية لذا سوف نركز على تلك القضايا في مطلب ثالث ، وسوف نخرج في مطلب رابع لتحليل الأحكام المرتبطة باقتصاد الدولة في غير المجال الضريبي أو حق الملكية وأخيرا سنوضح في المطلب الخامس رأينا في الموضوع.

المطلب الأول

المجال الضريبي

يعد المجال الضريبي من أخطر المجالات التي تؤثر فيها أحكام المحكمة الدستورية العليا الحديثة لما لحكم المحكمة الدستورية من أثر مالي واسع الخطر في هذا المجال ، بحسبان أنه يؤدي إلى رد الضريبة المقضى بعدم دستورتها بعد دفعها بعدة سنوات ويعد أن تكون الدولة قد اعتمدت عليها في تمويل نفقاتها وضبط موازنتها ، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إعادة تدبير النفقات اللازمة لرد الضريبة ، مما يؤدي إلى كثير من الظل والاضطراب في ميزانية الدولة.

ورغم ذلك فقد وضعت المحكمة بأحكامها في المجال الضريبي نبراسا هاما يبين الطريق أمام المشرع حال وضعه للقوانين الضريبية.

وسوف نستعرض في هذا المطلب بعض القضايا الضريبية الهامة على النحو التالي :

١ - قضت المحكمة في سنة ١٩٨٨^(١١٢) بدستورية نص المادة ٣٦ مكررا (ن)^(١١٣) من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي والذي نعى المدعى عليها بعدم دستورية ماتضمنته من خصم رسوم إيداع المبالغ المحصلة من المستأجر خزانة المحكمة استنادا إلى أن هذا الخصم يتعارض مع نص الفقرة الثالثة من المادة (١١٩) من الدستور، التي تقضى بأنه لايجوز تكليف أحد أداء رسم إلا في حدود القانون.

وقد أقامت المحكمة قضاها على أن فرض الرسم على مايودع خزائن المحاكم قد تقبر بمقتضى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية في المواد المدنية ومن ثم فإن القانون هو الذي فرض رسم الإيداع ويعتبر المصدر المنشئ لهذا الرسم.

٢ - وطعن بعدم الدستورية على نص المادة (٢) من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن

الضريبة على العقارات المبنية والذي ينص على نهائية القرارات الصادرة عن مجلس المراجعة والذي يُنظّم أمامه من تقدير القيمة الإيجابية السنوية للعقار، وقضت المحكمة الدستورية العليا (114) بدستوريته بحسبان أن مجلس المراجعة هو مجرد هيئة إدارية متمتعة باختصاص قضائي ونهائية هنا هي نهائية القرار، أي لا يكون قرار الجهة الإدارية خاضعا - في مجال إقراره - لتصديق جهة أعلى منها أو لتعقيها ولازم ذلك أن يكون قرار الجهة الإدارية مستكملا عند صدوره عنها لكل المراحل التي يتكامل بها وجوده قانونا، فلا تبقى حلقة منها بيد جهة أخرى، وهي غير النهائية المؤدية لعدم الدستورية والتي تمنع الفرد من النفاذ إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية التي يطلبها لرد العدوان على الحقوق التي يدعيها.

ومن ثم فقد انتهت المحكمة إلى أن النعي على النص المطعون فيه بمخالفة نص المادة (٦٨) من الدستور والذي يحظر النص في القوانين على تخصيص أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، لا محل له.

٣ - وفي قضية أخرى نظرت المحكمة في دستورية قانون يفرض الضريبة على التصرفات العقارية بآثر رجعي وذهبت المحكمة إلى أن الأثر الرجعي للضريبة في حد ذاته لا مخالفة دستورية فيه للمادة (١٨٧) من الدستور إذ تجيز تلك المادة الرجعية في غير المواد الجنائية بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، إلا أن الأصل ألا يلجأ المشرع لتقرير رجعية الضريبة إلا إذا أملت مصلحة اجتماعية لها وزنها، وذلك بالنظر إلى الآثار الخطيرة التي تحدثها الرجعية في محيط العلاقات القانونية، وما يلبسها بوجه خاص في أغلب الأحوال وأعماها من إخلال بالاستقرار وإهدار الثقة المشروعة في التعامل ومساس بالحقوق.

وأكدت المحكمة أن الأثر الرجعي الذي تضمنه النص التشريعي المطعون فيه - وعلى ما أوراه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتب اللجنة الاقتصادية بمجلس الشعب عنه - قد تقرر بعد أن قرر المشرع ملاحقة ما اعتبره ثراءً مفاجئاً حققه ممولو الضريبة المفروضة بموجبه من خلال تصرفاتهم العقارية بعد العمل بسياسة الانفتاح الاقتصادي بدءاً من أواخر سنة ١٩٧٣ وما صاحبها من زيادة أثمان العقارات ولم تكن أرباحهم وقتئذ خاضعة لأية ضريبة نوعية ولا للضريبة العامة على الإيراد بالتالي. وذهبت المحكمة إلى أن تقرير الرجعية يخل بالثقة المشروعة في التعامل ويجاوز مبلغها الحدود المنطقية لتوقع المتعاملين في إطار الضريبة القديمة الأمر الذي يجافي مفهوم العدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي ويخالف بالتالي نص المادة (٣٨) (115) من الدستور.

٤ - وفي سنة ١٩٩٣ تعرضت (116) المحكمة لدستورية قانون الضريبة على الأرض الفضاء رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٨. وذهبت إلى أن تلك الضريبة هي ضريبة مباشرة على رأس مال لا يغل دخلا يتمثل في الأرض الفضاء الواقعة داخل نطاق المدن في المناطق المتصلة بالمرافق العامة الأساسية من مياه ومجار وكهرباء والتي لاتخضع لأي من الضريبة على العقارات المبنية أو الضريبة على الألبان الزراعية، وأنها ضريبة دورية متجددة تستحق سنويا طالما لم تتغير طبيعتها بالبناء عليها أو بزراعتها فتخضع بذلك لضريبة أخرى.

وأكدت المحكمة أن النص مخالف للمادة (٣٤) من الدستور التي تصون الملكية الخاصة بالإضافة

إلى إخلاله بالعدالة الاجتماعية المنصوص عليها بالمادة (٢٨) منه.

ويقوم هذا القضاء على ركيزة من أنه لايجوز أن تفرض الضريبة ويحدد وعائها بما يؤدي إلى زوال رأس المال المفروضة عليه كليا أو الانتقاص منه بدرجة جسيمة ، فما لذلك الغرض شرعت الضريبة ، وماقصد الدستور أن تؤدي في نهاية المطافها أن يفقد المواطن رأس المال المحمل بعبئها، من أجل ذلك كان الدخل- باعتباره من طبيعة متجددة ودورية - هو الذى يشكل على اختلاف مصادره الوعاء الأساسى للضرائب ، وبحساباته التعبير الرئيسى عن المقدرة التكلفية للمول، بينما يشكل رأس المال وعاءا تكميليا للضرائب لايحاجأ المشرع إلى فرض الضريبة عليه إلا استثناء ولمرة واحدة - أو لفترة محدودة وهو الأمر الذى تخلف فى الضريبة محل الموضوع.

هـ - وبالنسبة لضريبة العاملين بالخارج والتي كان المشرع قد فرضها بالقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ وكان يفرضها بصورة مبلغ مقطوع يختلف باختلاف درجات العاملين، وتسرى تلك الضريبة على العاملين بالدولة والقطاع العام وبكادرات خاصة الحاصلين على إعارة أو أجازة خاصة بدون مرتب للعمل بالخارج، فقد ذهب المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية فرضها استنادا على الركائز والأسس الآتية :

أ - إنه إذا حدد المشرع وعاءا للضريبة التى فرضها بأن حصره فى أجور العاملين ومرتباتهم التى يتقاضونها عن عملهم فى الخارج ، تعين أن يكون مبلغ الضريبة متائبا من مصدر هذا الدخل دون سواء ومرتبيا على وجوده حقيقة لاحكما - فإذا كان دين الضريبة منفصلا عن وعائها وليس نتاجا لتحقيقه دل ذلك على أن الرابطة المنطقية والحتمية بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها. بما يناقض الأسس الموضوعية للضريبة.

ب - إنه إذا أفرد الدستور بابه الثالث للحريات والحقوق والواجبات العامة وصدره بالنص فى المادة (٤٠) منه على أن المواطنين لدى القانون سواء فإن هذا المبدأ وسيلة لتحقيق الحماية القانونية المتكافئة التى لاتمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، وهو الأمر الذى تخلف فى الضريبة محل الموضوع، ذلك أن القانون المطعون فيه صدر - حسبما يبين من عنوانه - بفرض ضريبة على مرتبات العاملين بالخارج إلا أن نصوصه قصرت أحكامه على العاملين فى الدولة والقطاع العام أيا كانت طبيعة النظم الوظيفية التى يخضعون لها.

وبذلك خرج من مجال سريلانها غير هؤلاء ممن يحققون دخلا ناجما عن عملهم فى الخارج وهم فئة من المواطنين كان من الواجب إخضاعهم للضريبة إلا أن ذلك لم يحدث مما يعد إخلالا بالتكافؤ فى المعاملة القانونية.

ج - ومن ناحية أخرى فإنه لما كان الشاغلون لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما قد يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم خارج جمهورية مصر العربية فإن إخضاعهم جميعا لضريبة واحدة ثابت مبلغها يعتبر - ومن هذه الناحية - مناهض لمبدأ المساواة أمام القانون (١١٧)، (١١٨) .

وقد انتقد هذا الحكم تأسيسا على مايلى (١١٩) :-

أولا - إنه يمكن الرد على الحجة الأولى المتعلقة بتخلف الرابطة المنطقية بين وعاء الضريبة ومبلغها بأن سعر الضريبة تحدد على أساس الدرجة الوظيفية للعامل ومرتبته عنها فى مصر وهو

محور الإنفاق العام المبرر لفرض هذه الضريبة حسبما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون الطعين، إذ قسمت مجموع الدرجات الوظيفية إلى طبقات يراعى في تحديدها تقارب المستوى الوظيفي بين عناصر كل طبقة في سلم التدرج الإداري في مصر، وحددت لكل طبقة عنها سعرا تصاعديا مع ارتفاع الدرجة الوظيفية وبالتالي المستوى الوظيفي والذي يعكس في الوقت ذاته حجم الإنفاق العام المسوغ لفرض هذه الضريبة، بما يضمن تحقيق العدالة الاجتماعية بين الخاضعين لأحكام القانون الطعين في تحمل الأعباء والتكاليف العامة، ذلك أن تقرير الضريبة لا يستهدف مشاركة العامل في رزقه أو الحصول على نسبة معينة منه وإنما المقصود منه مساهمة العامل في الأعباء التي تتكبدها الدولة في شأنه حال وجوده في الخارج للعمل، والمقياس الحقيقي في تقدير هذه الأعباء لا يكون بالنظر إلى الأجر الذي يحصل عليه العامل في الخارج، وإنما إلى الدرجة الوظيفية للعامل والتي تعكس حجم الإنفاق العام الذي تتحمله الدولة للحفاظ على الوضع الوظيفي للعامل خلال فترة وجوده بالخارج ، وهذا ما يتفق مع العدالة الاجتماعية.

ثانيا : وعن الإخلال بالكافؤ في المعاملة القانونية بين العاملين في الحكومة والقطاع العام والكادرات الخاصة وبين غيرهم فإن ذلك مرده إلى اختلاف المعاملة التي توليها الدولة لكل من هاتين الطائفتين إبان فترة العمل في الخارج، إذ في الوقت الذي لالتزم فيه الدولة تجاه العاملين بالقطاع الخاص بأية التزامات بحسب الأصل نجدها على العكس تماما ملتزمة بتوفير العديد من المزايا والضمانات لطائفة العاملين الصادرة في شأنهم النصوص الطعنية، إذ تكفل الدولة لهم الحصول على إجازات خاصة وإعارات للعمل بالخارج الأمر الذي ينطوي على بعد عن مباشرة الوظيفة ومساس بحجم الإنتاج ، في الوقت الذي تظل فيه الدولة قائمة على رعاية مصالح العامل المعار أو القائم بالإجازة الخاصة إذ تضمن له الاحتفاظ بوظيفته وترجيه في درجاتها وحصوله على علاواتها واستفادته من التسويات والإصلاحات التي تتقرر في هذا الشأن بحكم استمرار العلاقة الوظيفية، بالإضافة إلى الاستفادة من نظم التأمينات الاجتماعية والتكافل الاجتماعي مع قيام الدولة بسداد جزء من حصة اشتراكات التأمينات في بعض الأحوال.

وأنة إزاء وجود هذه الضمانات بما ترتبه من أعباء على الدولة فإنه تحقيقا للعدالة في توزيع الأعباء كان من اللازم تقرير هذه الضريبة.

ثالثا : وعن الحجة الثالثة والمتعلقة بتفاوت الأجر فإنه مبرر وجود صعوبة عملية قد يستحيل معها تحديد سعر الضريبة بالنظر إلى المرتب أو الأجر الذي يحصل عليه العاملون في الخارج.

ونرى أنه إذا كانت وجهة نظر المحكمة في هذه الضريبة تستند الى أسباب قوية فإن وجهة النظر المعارضة هي الأخرى ليست ضعيفة، وربما ما كان يمكن أن يحسم وجهه نظر المحكمة هو تقريرها لبدأ إقليمية الضريبة والقضاء بعدم استتارية الضريبة استنادا إليه، بحسبانته مبدئا لاتقوم الضريبة بدونه فلا يجوز لولة أن تتجاوز تخومها وحدودها الإقليمية لتفرض الضريبة على وقائع نشأت واكتملت خارجها، وقد استقر هذا المبدأ في الضمير الإنساني والعالمي -حسبما نظن - أو على الأقل في طريقه إلى ذلك، ويبدو أن المحكمة رأت أن مبدأ إقليمية الضريبة لم يحن بعد أوان إقراره تحسبا لظروف أفضل في المستقبل.

٦ - وفي قضية أخرى أوضحت المحكمة أن الأصل أن يتوخى المشرع بالضريبة التي يفرضها أمرين - يكون أحدهما أصلا مقصودا ابتداءً **primary motive** ويتمثل في الحصول على غلتها لتعود إلى الدولة وحدها، تضعها في خزانتها العامة لتعينها على مواجهة نفقاتها، ويكون ثانيها مطلوباً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة **incidental motive** كاشفاً عن طبيعتها التنظيمية دالاً على التدخل بها لتغيير بعض الأوضاع القائمة وبوجه خاص من زاوية تقييد مباشرة الأعمال التي تتناولها أو حمل المكلفين - من خلال عبئها - على التخلي عن نشاطهم .

وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية ولاتزالها طبيعتها هذه ، لمجرد أنها تولد آثاراً عرضية بمناسبة إنشائها.

وإذا كانت خصائص الضريبة قد أوضحتها المحكمة على النحو المذكور فقد استدركت وأكدت أن الضريبة تتجرد من خصائصها إذا كان من شأنها تدمير وعائها أو كان لها وطأة الجزء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلاً ، وكذلك كلما قام الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة التي تسوغها وهو مايقع بوجه خاص إذا كان معدل الضريبة أو أحوال فرضها مناقضاً للأسس الموضوعية التي لا تقوم بالضريبة إلا بها .

وأكدت المحكمة أن هناك من الأمور مايمكن التجاوز عنه ولايشكل مخالفة دستورية مثل أن تكون حصيلتها متناهية في ضالتها أو أن يكون باعثها غير مرض بوجه عام أو أن يكون هدفها الحصول أصلاً من المكلفين بها على مبلغها مع تنظيم نشاطهم عرضاً بما يجعل استمرارهم فيه مرهقاً .

وأكدت المحكمة⁽¹²⁰⁾ أن أموال الدولة بكل مكوناتها وكذلك ضوابط إنفاقها يهيئان مع الظروف الضرورية التي تفي السلطة التنفيذية من خلالها بواجباتها ويعد إلزاماً دستورياً يقيد السلطة التشريعية أن تربط الموارد المالية في جملتها بمصارفها تفصيلاً وهذا هو جوهر اختصاصها في مجال ضبطها لمالية الدولة ، والأصل في الضريبة - باعتبار أن حصيلتها تعد إيرادات عامة - أن يؤول مبلغها إلى الخزانة العامة لينتج مع غيره من الموارد التي تم تدبيرها .

ومن حيث إن القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ يفرض في المادة ٧٩/د منه دقة مقدارها قرش صاغ واحد عن كل برميل من البترول الخام لصالح نقابة بذاتها وهي نقابة المهن العلمية، واختصها بحصيلتها التي تؤول مباشرة إليها فلاتدخل خزانة الدولة أو تقع ضمن مواردها ليمتنع استخدامها في مجابهة نفقاتها العامة ولتكون في حقيقتها معونة مالية رصدتها الدولة لتلك النقابة - لآعن طريق الضوابط التي يفرضها الدستور في شأن الإنفاق العام - ولكن من خلال قيام الضريبة المطعون عليها بدور يخرجها عن مجال وظائفها ويفقدها مقوماتها لتتحل عدماً، فمن ثم فإن الأمر يقتضي الحكم بعدم دستوريته لمخالفتها أحكام المواد (٦١ و ١١٥ و ١١٦ و ١١٩ و ١٢٠ من الدستور) .

٧ - وقد قضت المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٩٦ في دستورية قانون الضريبة على الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ وانتهت إلى الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية⁽¹²¹⁾ من القانون المذكور فيما قررت من تحويل رئيس الجمهورية، تعديل جدول الضريبة المرافق للقانون ويسقط ما تضمنته هذه الفقرة والفقرة الثالثة من تلك المادة من أحكام أخرى وكذلك يسقط قراراتي رئيس الجمهورية رقمي ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦⁽¹²²⁾ .

ويقوم هذا القضاء على ركيزة مما يلي :

- أن البين من نص المادة (١٠٨) من الدستور أن التفويض (١٢٣) التشريعي الصادر عن مجلس الشعب ، لا يجوز أن يكون مطلقا بل محددا ، وعلى الأخص من جهتين .

أولاهما: أن التفويض لا يصدر إلا متعلقا بتنظيم موضوع معين متضمنا بيان الأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم .

ثانيتهما: أن رئيس الجمهورية لا يمارس مافوض فيه من اختصاص في شأن هذا الموضوع ، إلا خلال فترة زمنية لا يتعداها يبينها قانون التفويض ، فإذا خلا منها ، كان التفويض ممتدا في الزمان إلى غير حد متضمنا إعراض السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها الأصلية ناقلًا مسؤوليتها إلى السلطة التنفيذية ومخالفا للدستور بالتالي .

ولما كان النص المطعون فيه لا يقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض - بزمان معين يكون ميعادا موقوتا محددا سلفا من قبل السلطة التشريعية، فإن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بتعديل الجدل المرافق لقانون الضريبة المطعون عليها لا يكون منحصرًا بين تاريخين، بل متراميا متحررا من قيد الزمن وباطلا .

إضافة إلى أن التفويض الذي تم بالنص المطعون فيه يخول رئيس الجمهورية وفي الحدود التي يبينها قانون التفويض - إنشاء ضريبة عامة ومن ثم فإن فرضها حينئذ يكون في حدود القانون وليس بقانون وهو ما يعنى مساواتها بغيرها من الفرائض المالية لتصدر جميعها في حدود القانون بالمخالفة لمقاصد الدستور والمادة ١١٩ منه.

وأكدت المحكمة على أن إقرار السلطة التشريعية للضريبة العامة التي فرضها رئيس الجمهورية لايزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع دستوريا. ولا يدخل تشريعها في عداد القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مقيدة في شأن اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها في الدستور (١٢٤).

المطلب الثاني

حق الملكية

حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٣- على مبدأ صون الملكية الخاصة وخدمتها باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي وحافزه على الانطلاق والتقدم ، فضلا عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، ومن أجل ذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبرا عن صاحبها إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض وفقا للقانون (المادة ٩ في كل من دستور سنة ١٩٢٣ ، ودستور سنة ١٩٣٠ ، والمادة (١١) من دستور سنة ١٩٥٦ ، والمادة (٥) من دستور سنة ١٩٥٨ ، والمادة (١٦) من دستور سنة ١٩٦٤ ، والمادة (٣٤) من دستور سنة ١٩٧١)، كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ويقانون ومقابل تعويض (المادة ٣٥)، بل إنه إمعانا في حماية الملكية الخاصة ومنع الاعتداء عليها بغير حق حظر هذا الدستور المصادرة العامة حظرا مطلقا، كما لم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي (المادة ٣٦).

١ - ولقد ذهبت المحكمة فى حكمها الصادر بجلسته ١٩٨٨/١/٢ (١٢٥) إلى أنه لما كان التعويض المستحق لأصحاب المنشآت الصحفية التى آلت ملكيتها إلى الاتحاد القومى، إنما يقرر بقدر قيمتها، وفقا لأحكام القرار بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠ أى أنه تعويض مقابل لتلك القيمة ومعاذل لها، ومن ثم، وإن نص القرار بقانون رقم ١٧٩ لسنة ١٩٦٣ المطعون فيه على تحديد مبلغ ١٥ ألف جنيه حدا أقصى لهذا التعويض الذى كان قد استحق كاملا لأصحاب الصحف بصور القرار بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠، فإنه يكون قد انتقص من هذا التعويض وانطوى بذلك على اعتداء على الملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة (٢٤) من الدستور التى تكفل صون هذه الملكية.

وفى ذات الاتجاه قضت المحكمة بجلسته ١٩٩٢/٢/٧ (١٢٦) بعدم دستورية البند ب من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نص عليه من وضع حد أقصى للتعويض لا يجاوز ثلاثين ألف جنيه، وأكدت المحكمة أنه لا وجه لقالة أن المشرع قد التزم بالحد الأقصى المشار إليه باعتباره يمثل خطأ اشتراكيا قصد به تنويع الفوارق بين الطبقات، ذلك أن التزام المشرع بالعمل على تحقيق هذا المبدأ، لا يعنى ترخصه فى تجاوز الضوابط والخروج على القيود التى تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى، ومنها صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود وبالقيود التى أوردتها نصوصه.

ولاحظت المحكمة أن المشرع الدستورى قد عنى - فى التعديل الصادر بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ - عند تحديد الأساس الاقتصادى للدولة فى المادة الرابعة من الدستور بأن يستعاض عن عبارة « ويهدف إلى تنويع الفروق بين الطبقات » بعبارة « ويؤدى إلى تقريب الفوارق بين الدخل ويحمى الكسب المشروع ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة »، وهى ذات العبارة التى أوردتها فى المادة ٢٣ منه والتى تنص على أن « ينظم الاقتصاد القومى وفقا لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومى وعدالة التوزيع، ورفع مستوى المعيشة، والقضاء على البطالة، وزيادة فرص العمل، وربط الأجر بالإنتاج، وضمان حد أدنى للأجور، ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخل » وبذلك يكون الأساس الذى أقام عليه النص المطعون فيه حكمه مصادما للدستور (١٢٧).

٢ - ولم تجد المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩١/٥/٤ (١٢٨) أى اعتداء على حق الملكية فى التنظيم التشريعى لقيود البناء على الأرض الزراعية (المادة ١٥٢ من قانون الزراعة رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٢)، حيث ذهبت المحكمة إلى أن القصد من هذا التشريع هو مواجهة ظاهرة البناء عليها بما ينتقص من رقعته ويحد من غلتها وباعتبار الحفاظ عليها لازما للتنمية الاقتصادية، دون غل ليد المالك عن إدارة أرضه أو التصرف فيها أو البناء عليها كلية. ولما طعن ثانية على ذات التنظيم التشريعى (م ١٥٢ المذكورة)، ذهبت المحكمة (١٢٩) إلى أن قضاها السالف هو فصل نهائى فى الموضوع لا يقبل تعقيبا منها ولا من غيرها، ويكون لغوا إثارة الأمر مجددا.

٣ - وفى حكم الصادر بجلسته ١٩٩٢/٢/٦ (١٣٠) بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن الحراسة، الذى يقرر ألا تقبل الدعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الحراسة التى فرضتها الدولة - قبل العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم سلامة الشعب أو المترتبة عليها، ما لم ترفع الدعوى بشأنها خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون، ذهبت المحكمة إلى أن مؤدى النص المذكور هو أن هذا

الميعاد مرتبط بدعوى الاستحقاق التي تحمي تلك الحقوق مما يعنى إسقاط الحق في إقامتها بفواته.

ورفضت المحكمة الأمر السالف بحسبان أنه من المقرر أن لحق الملكية خاصة يتميز بها عن غيره من الحقوق العينية والشخصية، تتمثل في أن الملكية وحدها هي التي تعتبر حقا دائما، وأنه وأيا كانت المدة التي يخرج فيها الشيء عن حيازة مالكه، فإنه يظل متمتعا بالحق في حمايتها وردها إليه حال اغتصابها منه دون أن يتقيد في ذلك بزمان معين إلا إذا أُل الحَق فيها إلى غيره وفقا للقانون.

وإذا كان من المقرر أن حق الملكية يظل باقيا مابقي الشيء، محلها منقولا كان أم عقارا، فإن حق الملكية ذاته يكون غير قابل للسقوط بالتقادم ولا يتصور بالتالي أن تسقط بالتقادم الدعوى التي تقام لطلبه.

والحقيقة أننا رغم تأييدنا التام لما ذهب إليه الحكم في منطقته، نرى بعض التناقض في أسبابه، إذ بينما يقرر الحكم بصورة ملزمة قاطعة أن حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم ولا يتصور بالتالي أن يسقط بالتقادم الدعوى التي تقام لطلبه، يعود ليؤكد في فقرة سابقة على تلك حق المالك في حماية ملكه دون تقيد بزمان معين إلا إذا أُل الحَق فيها إلى غيره وفقا للقانون إشارة إلى التقادم المكسب للملكية .

وإذا كانت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا تعدد بالتقادم حال تفسيرها للمادة ٤٩ منه، فلا يجوز للمحكمة أن تنكر التقادم كلية .

ونرى أن المحكمة كان يمكنها القضاء بعدم الدستورية استنادا إلى أن الحق في حماية الملكية لا يسقط طالما أن حق الملكية ذاته لازال قائما ، إذ لا يجوز قيام الحق في الملكية بدون دعوى تحمية .

وفي ذات الاتجاه الرافض لوضع مدة زمنية لرفع دعوى الاسترداد ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٥/٥/١٩٩٣ (١٣١) إلى عدم دستورية المادة الخامسة والعشرين من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ بتسليم الأعيان التي تديرها وزارة الأوقاف إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية، وذلك فيما تضمنته من اعتبار نصيب كل من لم يتقدم بطلبه إلى وزارة الأوقاف - في الميعاد المنصوص عليه فيها - وفقا خيرا.

واعتبرت المحكمة أن الوقف على غير الخيرات « الأهلى » والذي أنهاه المشرع مؤذاه أن المستحقين صاروا مالكيين لحصص بآلة غير معلقة، وحرمانهم منها بالنص التشريعي المطعون فيه هو إسقاط للملكية عن أصحابها، وعنوان مباشر عليها.

٤ - وفي الحكم الصادر بجلسته ٥/٨/١٩٩٥ (١٣٢) أوضحت المحكمة بصورة أكثر تفصيلا المفهوم الدستوري الصحيح لحق الملكية فأكدت على أن الدستور - إعلاء من جهته لنزوى الملكية الخاصة ، وتوكيدا لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل بالمادتين ٣٢ و ٣٤ حمايتها لكل فرد - وطنيا كان أم أجنبيا - ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها ، وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها، مُعيدا بها الطريق إلى التقدم ، كافلا للتنمية أهم أدواتها، محققا من خلالها إرادة الإقدام، هاجعا لتوفر ظروفها أفضل لحرية الاختيار والتقرير. مطمئنا في كنفها إلى يومه وغده ، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها

ومنتجاتها وملحقاتها ، فلا يرده عنها معدت، ولا يناجز سلطته في شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من دون الآخرين، وليلتزم من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها.

وفي فقرة أخرى تضيف المحكمة أنه لم يعد جائزا أن ينال المشرع من عناصرها ، ولا أن يغير من طبيعتها ، أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، وبون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العنوان عليها غصبا، واقتئاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها.

إلا أن المحكمة تعود فتستدرك في فقرة ثالثة لتحدد مدى إمكانية المشرع في تقييد الملكية ، فسوغت تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، بحسبانها وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تليها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماعي في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها، ويمرعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية، للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة لذاتها بل غايتها خير الفرد والجماعة (133).

٥ - وفي تطبيق دقيق للمبادئ المذكورة بالحكم المشار إليه ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/١ (134) إلى عدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ بتحويل وزير التعليم سلطة الاستيلاء على العقارات اللازمة للوزارة ومعاهد التعليم.

وقد تأسس هذا الحكم على ركيزة من أن القانون الطعين قد أطلق زمن الاستيلاء من كل قيد، وصار بالتالي ممتدا دون حد ، مالم تقرر الجهة الإدارية بنفسها رد الأموال المستولى عليها لأصحابها، وكان صون الملكية الخاصة وإعاققتها لا يجتمعان، ومن ثم فإن هدم بنيانها من خلال قيود ترهقها مع استمرارها دون مبرر، يكون افتئاتا عليها، منافيا للحق فيها.

المطلب الثالث

العلاقات الإيجارية

تعد القضايا الدستورية المتعلقة بالعلاقات الإيجارية مرتعا خصبا لحماية حق الملكية لأن حق المالك يبرز حين إذ كحق مقابل لحق المستأجر.

وقد لاحظت المحكمة بروز الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية بوجه خاص في مجال الإسكان حيث تتزاحم كثرة من القيود في نطاق مباشرة المالك لسلطته في مجال استغلال ملكه، وهي قيود قصد بها مواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى لمقابلة الزيادة في الطلب عليها، ولازم ذلك أن تنور هذه القيود وجودا وعدما مع علة تقريرها، وباعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها وتوافرها هو مناط الحماية التي يقرر المشرع بموجبها امتداد العقد .

١ - وقد ذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/٢/١٤ (135) إلى رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستورية المادة (٢٢) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

وقد تأسس هذا القضاء على ركيزة من أن دلالة النص بعبارته وفحواه أن إقامة المستأجر عقارا

مملوكا له تزيد وحداته السكنية على ثلاث، تقتضى أن يشغل إحداها بدلا من العين التي يستأجرها ، فإن أثر البقاء فيها كان ذلك تحكما وانتهازا لاسبيل لدفعه إلا بتوفيره لمؤجرها أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية مكانا ملائما بديلا عنها بالعقار الذى أقامه ، بما لايجاوز مئلى أجرتها، والحكم المذكور لاينطوى على عدوان من المؤجر على ملكية المستأجر للعقار الذى أقامه ، وأساس ذلك أن بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة الاتفاقية للعقد، يفترض استمرار حاجته إليها بوصفها مكانا يؤويه وأسرتة، وعلى خلاف ذلك يتنكى العدوان من جهةه باقتران احتفاظه بها بامتناعه عن أن يوفر فى عقاره مكانا ملائما بديلا للمؤجر أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية، ولو أنه تخلى عنها بعد انتقاء حاجته إليها لعاد إليه الحق كاملا فى استعمال عقاره واستغلاله بالطريقة التى يراها.

وهكذا استخدمت المحكمة معيار الضرورة أو الحاجة للتوصل إلى أن القيود التى فرضها المشرع على المستأجر الذى يبنى عقارا على نحو ماسلف مبررة ولاشبهة فيها.

٢ - والمعيار الآنف هو الذى استخدمته المحكمة أيضا بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٣/٢٠ (١٣٦) للتوصل إلى ماقتضت به من رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستورية المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تنجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتى قصرت فقرتها الأولى سريان أحكام الباب الأول من القانون على عواصم المحافظات والبلاد المعتبرة مدنا بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون الحكم المحلى والقوانين المعدلة له.

وهذه المحكمة إلى أن المشرع لمواجهة أزمة الإسكان الحادة أصدر تشريعات استثنائية قصر سريانها أصلا على المدن بحيث لا تنطبق على القرى إلا استثناء وعلى ضوء الضرورة المرتبطة بأوضاعها وظروفها الخاصة ، وذلك خلافا للمدن التى أفصح الواقع العملى عن أن أزمة الإسكان واقعة فى نطاقها أصلا.

وهكذا فإن الضرورة هى التى بررت تلك القوانين الاستثنائية ، وهى التى بررت اختلاف معاملة المدن عن القرى، ومن ثم لا مجال للادعاء بمخالفة مبدأ المساواة

٣ - وقد انتقلت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٧/٣ (١٣٧) إلى تطبيق معيار جديد مضافا إلى المعيار السالف ومحددا سلطة المشرع فى تقييد حق الملكية بالا تذى إلى إثراء مستأجر العين وإفقار مالكةا.

وقد قضت المحكمة فى هذا الحكم بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية ، فيما انطوت عليه من استثناء تنازل الطبيب أو ورثته من بعده عن حق إجارة العين المتخذة مقرا لعيادته الخاصة لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة، من الخضوع لحكم المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتنجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وهذه المحكمة إلى أن النص المطعون فيه، لم يلتزم بالقواعد التى تنظم التنازل بوجه عام، والتى تضمنتها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ أنف البيان بل أسقطها بتمامها، ليمتنع على المالك بعد إذ الخيار بين حقين كفلتهما المادة ٢٠ من هذا القانون، هما أن يحصل على ٥٠٪ من مقابل التنازل إذا أراد إعمال آثاره أو أن يستعيد العين من مستأجرها بعد أداء تلك القيمة مع إنهاء العلاقة الإيجارية التى ارتبطا بها فى شأنها.

وأكدت المحكمة أن ذلك يؤدي إلى حصول المستأجر على حقوق لايسوغها مركزه في مواجهة المؤجر مما يبعد إثراء للمستأجر وإفقارا للمالك، وتفضيل للمستأجرين من الأطباء على من عداهم من المستأجرين رغم تماثل مراكزهم القانونية مما يخالف مبدأ المساواة.

٤ - وبعد ذلك انتقلت المحكمة لتصب جام غضبها على المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ولم يحدث في تاريخ المحكمة الدستورية العليا أو حتى المحكمة العليا الدستورية، أن تعرضت مادة واحدة من مواد قانون ما لخمسة أحكام موضوعية بعدم الدستورية يبطل كل حكم منها فقرة من فقراتها أو جزء منها والبقية تأتي. وكانت المحكمة قد قضت في حكمها الأول - السابق على الحكم المذكور في (٣) - والصادر بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥⁽¹³⁸⁾ بعدم دستورية ما تضمنته المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلي له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه في العين المؤجرة مدة سنة سابقة على ترك العين أو مدة شغلها لها أيهما أقل.

ووفقا لذات الأسس أصدرت المحكمة حكمها الثالث بجلسة ١٦/١/١٩٩٧⁽¹³⁹⁾ بعدم دستورية ذات المادة والفقرة فيما تضمنته من استمرار عقد المسكن عند وفاة المستأجر الأصلي.

واعتبرت المحكمة أن ذلك النص يسمح لأقارب المستأجر تارك العين أو المتوفى - بالمصاهرة - بالتحايل لسلب حقوق المؤجر في ملكه ، مما يمثل تعديا على الملكية وإثراء لمستأجر العين وإفقارا للمالكها.

ووفقا لذات المنطق أصدرت المحكمة حكمها الخامس بعدم دستورية المد لأقارب المستأجر المتوفى⁽¹⁴⁰⁾ بالنسب.

ويلاحظ أنه حتى تاريخه لم تدل المحكمة بدلوها فيما يتعلق بأقرباء المستأجر نسبيا حال الترك ومن المتصور صدور هذا الحكم السادس بعدم الدستورية في أي وقت (141) .

وسوف نتناول بتحليل أكبر حكمي المحكمة الثاني والرابع المتعلقان بالفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ نظرا لأهميتهما الكبرى في مجال العلاقات الإيجارية ولربود الأفعال الكبيرة التي صاحبتهما، خاصة الأخير منهما .

أ - في الحكم الثاني الصادر بجلسة ١٩٩٦/٧/٦ قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ (142)، (143) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وذلك فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا في مباشرة ذات النشاط بها بعد تخطي هذا المستأجر عنها، ويسقط فقرتها الثالثة في مجال تطبيقها بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء .

واستخدمت المحكمة ذات المعيار المستخدم في ثالثا مؤكدة أنه لايجوز تقييد حق الملكية بما يجاوز الحدود المنطقية التي تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية وإلا انحل الأمر إلى عدوان على الأموال، وانتهاج لثمارها أو منتجاتها أو ملحقاتها، أو كل ذلك جميعا، لتؤول الملكية عدما .

وفي توضيح لكيفية تجاوز النص المطعون فيه للحدود المنطقية وللتضامن بين مؤجر العين

ومستأجرها من الوجهة الاجتماعية أوضحت المحكمة العيوب التالية التي انتظمتها :

أولا - إن النص يفترض لانتقال منفعة العين المؤجرة من مستأجرها الأصلي إلى شركائه في النشاط ذاته أن يكون هذا المستأجر قد تركها فعلا بعد قيام هذه الشركة، متخليا عن الاستمرار فيها لصالح هؤلاء الشركاء ، وكان ينبغي بالتالي أن يكون هذا التخلي مبررا لقيام حق المؤجر في طلب إخلائها، إلا أن المشرع رفض ذلك وقرر نقل منفعة العين المؤجرة إلى هؤلاء الشركاء إخلالا بحق الملكية .

ثانيا - إن النص لا يحول دون انتقال الإجارة من الشركاء - الذين آلت إليهم ذات حقوق المستأجر الأصلي - إلى من يشكونهم معهم بعد استعمالها، الأمر الذي من المتصور معه اطراد اتصال أجيال بالعين لا يفارقونها ، ومن ثم لا ترد لصاحبها أبدا ولو كان في أمس الحاجة إليها ، مما ينحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، ليعلو عليها مصالح المستأجر دون مسوغ.

ثالثا - إن النص يفتح أبوابا عريضة للتحويل بين المستأجر الأصلي والأغيار الذين يربون الاستفادة من الإجارة، وذلك لعمل شركة سورية تسترعدقا حقيقيا يتفيا مستأجر العين الأصلي بمقتضاه - ومقابل عوض يختص به من دون المؤجر - إجلال آخرين محله.

رابعا - إنه حتى لو فرض أن الشركة كانت حقيقية وليست صورية، فإن تخلي المستأجر الأصلي ليسوغ استمرار الإجارة لصالح الشركاء ، والعنوان على الملكية حسبما سبق ذكره (144).

ب - وفي الحكم الرابع الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ (145) قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالفة الذكر فيما نصت عليه من استمرار الإجارة التي عقدها المستأجر في شأن العين التي استأجرها لمزاولة نشاط حرفي أو تجاري لصالح ورثته بعد وفاته، وأسقطت المحكمة في الفقرة السابقة على المنطوق مباشرة الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) والتي تلزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق في شغل العين، لارتباطها بالفقرة المقضى بعدم دستورتيتها، إذ لا يتصور تطبيقها، وقد غدا النص الذي تستند إليه لإعمالها - منعديا، وقد طبقت المحكمة ذات المعيار المستخدم في الحكم الثاني وهو عدم جواز تجاوز الصود المنطقية لتنظيم حق الملكية، إذ اعتبرت المحكمة أن التجاوز يعتبر حينئذ أخذًا للملكية من أصحابها **taking of property** وضربت صورا لذلك مثل العنوان عليها بما يفقد قيمتها، أو اقتحامها ماديًا، أو اقتلاع مزايها أو تهيشها بما يؤدي لسيطرة آخرين فعلا عليها، أو تعطيل بعض جوانبها.

وقد أكدت المحكمة أن العنوان على الملكية يتمثل فيما يلي :

أولا - إن المشرع أثر بالنص المطعون فيه أن ينقل منفعة العين المستأجرة إلى ورثة المستأجر جملة وبدون قيد ، أو اعتداد بما إذا كان الورثة يباشرون في هذا المكان المهنة أو الحرفة ذاتها التي قام عليها مورثهم، أم كانوا يزاولون غيرها، وما إذا كانوا يعتمدون عليها كلية في معاشهم بوصفها موردا رئيسيا أو وحيدا لرزقهم، أم فينون إليها عرضا باعتبارها ثقل بخلا جانبيها مضافا إلى عملهم، يعملون فيها بأنفسهم استصحابا لمهنة أو حرفة مورثهم، أم ينيبون عنهم أغيارا في مباشرتها.

ثانيا - إن النص المطعون فيه يمكن الورثة من استلاب العين المؤجرة من خلال مكثهم فيها

واستغلالها في عين نشاطها السابق أو غيره، ثم من بعدهم إلى ورثتهم، ولايتحولون عنها إلا بعد انتهابهم من المؤجر مقابلا لتركها، فإذا لم يبدل (معناها يدفع) ، صار المكان المؤجر إرثا يختص هؤلاء بشماره دون وساطة من أحد، وهو ما يعدل انتزاع منافع الأعيان من ملاكها على وجه التأييد.

ثالثا - إن النص المطعون فيه انحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية واصطفى ورتة المستأجر الأصلي بعمالة قضائية تقدم المنفعة المجبوبة على مخاطر المفاقد وبرء عواقبها، وتعلق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشررها.

وقد أحدث الحكم المذكور زلزالا رهيبا لأنه يواجه بالمرصاد مصالح استقرت بالباطل منذ سنين عددا.

وفي تعليق لمحكمة النقض على الحكم الآنف - في حكمها في الطعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ١٩٦٦ ق - ذهبت إلى أن صدور حكم المحكمة الدستورية العليا السالف يقتصر أثره على أن يصبح النص محل (م ٢/٢٩ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧) عدما غير صالح لأن ينتج أثرا فتبقى العلاقات والوقائع والروابط والحالات التي نشأت في ظل محكمة بغيره من القوانين السارية في تاريخ نشأتها.

ولما كان ذلك وكان هذا الحكم لايمس ما هو مقرر بالتشريعات الاستثنائية لإيجار الأماكن منذ بدء صدورها من عدم انتهاء عقد إيجار الأماكن بانتهاء مدته، وكانت هذه التشريعات قبل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد خلت من بيان المستفيد من عقد إيجار الأماكن المؤجرة لنشاط تجارى أو حرفى بعد وفاة المستأجر فأعادها الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ إلى ما كانت عليه، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا خلا تشريع إيجار الأماكن من بيان حالة معينة تعيين الرجوع إلى أحكام القانون المدني باعتبارها القواعد العامة المنظمة لعقد الإيجار.

ومفاد نص المادتين (٦٠١) (١٤٧)، (٦٠٢) من القانون المدني اللتين اتخذت منهما المحكمة الدستورية ركيزة لقضائهما سالف الذكر - يدل على أن المشرع جعل القاعدة هي أن موت أحد المتعاقدين في عقد الإيجار لاينهي، بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الورثة ، لأن الأصل في العقود المالية والإيجار منها، أنها لا تبرم عادة لاعتبارات شخصية .

فإذا كان الإيجار لم يعقد خلافا للأصل إلا بسبب حرفة المستأجر أو إذا كان الإيجار لم يبرم إلا لاعتبارات شخصية روعيت فيه ، فإن الإيجار لاينتهي هنا أيضا بقوة القانون.

وإذا كان نص المادة ٦٠٢ من القانون المدني يفيد بحسب الظاهر أن طلب الإنهاء مقرر لكل من المؤجر وورثة المستأجر، إلا أنه استهدأ بالحكمة التي أمّلته فإن طلب الإنهاء مخول لورثة المستأجر دون المؤجر متى كان عقد إيجار المكان لم يبرم إلا بسبب حرفة المستأجر.

وهكذا يظهر من الحكم السالف أن محكمة النقض تعترض على ماورد بأسباب حكم المحكمة الدستورية العليا من أن موت المستأجر يعتبر وفقا لنص المادة (٦٠٢) من القانون المدني، عذرا طارئا يسوغ إنهاء الإيجار ، وليس لوارث أن يعقبه فيها، ولو كانت له حرفة المورث، بل يتعين إذا أراد الاستمرار في مزاولةها في المكان المؤجر، أن يكون ذلك بعقد إيجار جديد بينه وبين المؤجر.

ونرى أن موقف محكمة النقض غير مبرر بحسبان أن حكم المحكمة الدستورية العليا بما انطوى عليه من أسباب مرتبطة بالمنطوق ملزم لكافة الجهات تطبيقا لنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ويفرض أن الفقرة المتعلقة بشرح المادة ٦٠٢ من القانون المدني غير مرتبطة ارتباطاً جوهرياً بالمنطوق فقد كان على محكمة النقض أن تفسر النص وفقاً لما ارتأته المحكمة الدستورية العليا أو على الأقل تحيله هو ونص المادة ٦٠١ من القانون المدني للبحث في دستوريته عن طريق المحكمة الدستورية العليا.

وفي جميع الأحوال فقد كان أضعف الإيمان أن تنتظر محكمة النقض قليلاً حتى يصدر المشرع القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بشأن تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ حتى يوضح المشرع موقفه من الأمر.

وقد اعترض الفقه على حكم المحكمة الدستورية سالف الذكر أيضاً ووصل الأمر بالفقيه د / سمير تناغو^(١٤٨) إلى التأكيد على أنه « لاشك أن هناك خطأ ما في النظام القانوني المصري، فأين نحن من القانون الفرنسي الذي تنص المادة ١٢٧ من قانون العقوبات فيه على معاقبة القضاة إن تدخلوا في أعمال السلطة التشريعية سواء كان ذلك بتعطيل القوانين أو وقفها أو مداولة في شأن نفاذها من عدمه.

أما في مصر فإن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية ، وبهذا النص تصبح جميع التشريعات التي يصدرها مجلس الشعب قرارات إدارية تخضع لرقابة الإلغاء من المحكمة الدستورية العليا. ورأى المستشار محمد عزمي البكري^(١٤٩) أن القواعد العامة في التقنين المدني المنصوص عليها بالمادتين (٦٠١، ٦٠٢) تعطل آثار هذا الحكم ، لأن مقتضى هاتين المادتين أن الإيجار لا ينتهي بموت المستأجر، وإنما ينتقل بوفاته إلى ورثته ولا يستثنى من ذلك سوى ما أجازته المادة (٦٠٢) للمؤجر من طلب إنهاء الإيجار. إذا كان الإيجار لم يعقد إلا باعتبارات تتعلق بشخص المستأجر ، وأن هذا الحكم يسرى ولو توفي المستأجر خلال فترة الامتداد القانوني لعقد الإيجار ولانتفق مع الرأي الأنف فيما رآه من أن الإيجار لا ينتهي ب وفاة المستأجر، حيث إن المادة (٦٠١) من القانون المدني وضعت سنة ١٩٤٨ في فترة كانت المبادئ الرأسمالية هي الغالبة ولم يكن ثمة تفكير في تطبيق المبادئ الاشتراكية ومنها ما يتعلق بتأبيد العقود.

ولما كانت المادة (٥٥٨) مدني تنص على أن « الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين ولادة محددة لقاء أجر معلوم»، فمن ثم يبين أن المدة هي أحد أركان عقد الإيجار الأساسية، وقد استقر الفقه والفقهاء على أن الغرض من عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر مدة معينة يلتزم بعدها برده إلى مالكه. فالإيجار بطبيعته عقد مؤقت لا يخول المستأجر منفعة الشئ إلا لفترة محددة، ومن ثم فإن تأبيد الانتفاع بالشئ يتنافى مع عقد الإيجار.

وإذا لم يتراض المتعاقدان على المدة لم ينعقد العقد.

وتفسير مانصت عليه المادة (٦٠١) من القانون المدني بأن الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر هو تلك الحالة التي يتفق المتعاقدان فيها على مدة معينة وموت أحدهما قبل انقضاءها.

وهكذا إذا كانت مدة العقد عشر سنوات مثلاً ومات المستأجر بعد خمس منها فإنه يحق لورثة المستأجر الاستمرار في العقد لتكملة الخمس سنوات الأخرى مع مراعاة حكم الفقرة (٢) من المادة

(٦٠١) سالفه الذكر . وإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقدا للمدة معينة لدفع الأجرة وذلك تطبيقا للمادة (٦٢٣ هـ) من القانون المدني (150).

وهكذا يبين مما سلف أن المحكمة الدستورية العليا لم يساورها شك في أن قواعد القانون المدني تلغظ التأييد ولو أمنت بغير ذلك لتصدت بنفسها لما يؤيد التأييد من نصوص تنطبق على النزاع وأبطلتها.

ويؤكد كل ذلك ويحسمه أن القانون الجديد رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذي أعاد تطبيق أحكام القانون المدني على العلاقات الإيجارية محله، قصد من ذلك إلغاء تأييد الإجارة والعودة إلى توقيتها.

ونظرا لكثرة الاعتراض على الحكم على صفحات الجرائد قبل صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، نبه الدكتور/ يحيى (151) الجمل إلى خطورة هذا الأمر بحسبان أن هذه التعليقات على هذا الحكم وغيره تمت على نحو لا يرقى وقار ذلك الصرح الكبير الذي استطاع أن يرسى أسسا للشرعية الدستورية ففاخر به المحاكم الدستورية في العالم كله.

وقد رأى سيادته أن التعليقات اللاذعة سالفه الذكر كانت على مذهب « إنما يحدد السوق من ربح » وهو مذهب إذا جاز في « البورصة » وفي المعاملات التجارية فإنه غير مقبول ولا مبرر بالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا، ودعى سيادته - حقا - إلى أن يكون النقد في المجالات العلمية المتخصصة فقط.

وبسرعة أصدر المشرع القانون المنتظر حسما للأمر ومنعا من البلبلة.

وكان إصدار هذا القانون تنفيذا للتوجيه الوارد بذات الحكم وذلك بحسبان أن الحكم لم يمنع امتداد الإجارة للورثة بصفة مطلقة، وإنما أجاز مدها في حدود وضوابط معينة، تتمثل في أن يترسم ذلك النص الضوابط التي تتوازن من خلالها العلائق الإيجارية بما يكون كافلا لمصالح أطرافها غير مؤد إلى تنافرها ، ليقيمها على قاعدة التضامن الاجتماعي التي أرسنها المادة (٧) من الدستور.

وقد اشتمل القانون الجديد رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ (152) بشأن تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على خمس مواد.

وقد حذف القانون حكم انتقال الإيجار إلى الشريك في حالة ترك المستأجر العين، وقضى على تعاقب الورثة على استعمال العين المؤجرة دون نهاية مما كان يجعل عقد الإيجار مؤبدا ، ووضع ضوابط لاستمرار عقد الإيجار لورثة المستأجر. ونرى أن المشرع قد خافه التوفيق بالنسبة للمادة الثانية من القانون والتي أقامت استثناء من أحكام المادة الأولى مدت به عقد الإيجار لورثة المستأجر الأصلي بالشروط الآتية :

١ - أن يشغل العين المؤجرة وارث للمستأجر الأصلي تجاوز قرابته له الدرجة الثانية كالمعم أو الخال أو ابن العم أو ابن الخال.

٢ - أن يكون شغل العين في تاريخ نشر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بالجريدة الرسمية أي بتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٦.

٣ - أن يكون شغل الوارث للعين مستندا إلى حقه في البقاء بها طبقا للفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قبل تعديلها .

٤ - أن يكون الوارث قد استعمل العين في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي .

ويرى د/ جلال إبراهيم (153) - حقا - أن هذه المادة معيبة إذ أي حق سابق تقصده هذه المادة ؟ هل تقصد الحق الذي كان الشخص يستمده من نص المادة ٢/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ؟ إذا كان الأمر كذلك - وهو الأرجح - فإن هذه المادة لامجال لتطبيقها لأن هذا الحق الذي يتصور وجوده قد زال كإثر لحكم المحكمة الدستورية العليا ، ومن ثم فإن ورثة المستأجر الذين تجاوز قرابتهم له الدرجة الثانية لم يكن لهم في الماضي ولا وقت نشر القانون أي حق في البقاء في العين ، أي يتخلف بشأنهم الشرط الجوهرى الذى يتطلبه القانون لإمكان استقادتهم من حكمه .

ويضاف إلى ذلك أن هؤلاء الأشخاص لما كان ليس لهم أي حق في البقاء في العين وقت نشر القانون (بتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٦) استنادا إلى أحكام المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، فإنهم أيضا - وبالبداية - ليس لهم هذا الحق في هذا الوقت ، استنادا لأحكام القانون الحالى رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ لأن الحق الممنوح لهم بمقتضاه لن يتولد لهم إلا بفعل أثره المباشر أو الفورى، أى من اليوم التالى لتاريخ نشره، وذلك لأن المشرع لم يجعل لهذه المادة أثرا رجعيا يرد إلى تاريخ نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - مثلما فعل بالنسبة للفقرة الأولى من المادة الأولى - .

وخلاصة الأمر أنه لابد من تدخل تشريعى يحقق الأثر الرجعى على نحو ماسلف إذا كان المشرع يستهدف حقا مراعاة البعد الاجتماعى والحفاظ على استقرار الأوضاع الاقتصادية خاصة وأن عدد الوحدات القائمة التى شملها تطبيق القانون ٧٧٦ (154) ألف وحدة إجارية وكل منها يمثل نشاط أسرة بأكملها أى مايقرب من ٣ مليون مواطن، ومن المتصور أن نص المادة الثانية المعيب سيستفيد منه مئات الآلاف من المواطنين ، إذا نص على الأثر الرجعى .

المطلب الرابع

تحليل أحكام المحكمة المرتبطة باقتصاد الدولة

سوف نكتفى في هذا الشأن بحكمين حديثين قضت فيهما المحكمة برفض الدعوى ولو أخذت المحكمة اتجاهها مغايرا لحدثت كارثة اقتصادية بكل المفاهيم.

١ - فى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/١ (155) قضت المحكمة برفض الدعوى التى رفعها أحد العاملين بشركة قطاع عام كان قد أضرير فى دخله نتيجة الخصخصة، فطعن على قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٩١ بصفة أصلية ببطلانه من الناحية الشكلية لعدم عرض مشروع هذا القانون على مجلس الشورى بالمخالفة لنص المادة ١٩٤ والفقرة الثانية من المادة ١٩٥ من الدستور ، وبصفة احتياطية بعدم دستوريته فى جملة الأحكام التى تضمنها باعتبار أن الأغراض التى استهدفها منافية لنص المادة (٢٠) من الدستور التى تمنح القطاع العام نورا تقديميا يتحمل به المسؤولية الرئيسية فى خطة التنمية ، ويقود خطاها فى مختلف مجالاتها، بيد أن القانون المطعون فيه أجاز بنص المادة (٢٠) تداول أسهم وحدات هذا القطاع ، وهو مايعنى فصل ملكيتها إلى القطاع

الخاص، وزوال السيطرة الشعبية عليها ووجود نوع من الاقتصاد المختلط فتتنامح به الحدود الفاصلة بين صور الملكية التي حددها الدستور ، وفي الصدارة منها الملكية العامة التي كفل حرمتها وجعل حمايتها ودعمها واجبا وطنيا على ما تنص عليه مادته الثالثة و الثلاثون.

وقد رفضت المحكمة المناهى الشكلية بحسبانها سبق أن بحثتها قبل أن تصدر حكمها بعدم الدستورية في القضيتين (156) رقمى ١٧ لسنة ١٤ ق ، ٢٠ لسنة ١٦ ق دستورية.

وعن المناهى الموضوعية - وهى ما يهمنى حقيقة فى هذا الموضوع - ذهبت المحكمة الى رفضها تأسيسا على ما يلى :

أولا - إن النصوص الدستورية لايجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقاقتها ، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية عمياء إلا حرجا فى البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا.

ثانيا - إن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها ، يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلا لها، بل حائلا دون ضمانها.

ثالثا - إن الاستثمار بمختلف صورهِ - العام منه والخاص - ليس إلا أموالا تتدفق وسواء عباها الدولة أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة إنتاجية أعمق وأعمق، وما تنص عليه المادة (٢٩) من الدستور من أشكال الملكية تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها الملكية التعاونية والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها لايحول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب .

رابعا - إن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان ، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهامها يكون مؤهلا لها وأقدر عليها ، وإن جاز القول بأن الاستثمار العام يثير قدرة المواطنين ويوظفهم وتميزهم ، وعلى الأخص من خلال نقل التكنولوجيا وتطويعها وتعميمها.

وهكذا لم تجد المحكمة إلزاما دستوريا باتخاذ الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا إلزام ببقائها كلما كان تعثرها باديا، أو كانت الأموال الموظفة فيها لاتقل عائدا مجزيا، أو كان بيعها للقطاع الخاص يمثل إعادة تشغيل لها على نحو أفضل.

وهكذا يبدو جليا أن بيع أسهم شركات قطاع الأعمال العام للقطاع الخاص لايتمثل ردة عن الدور الرائد للاستثمار العام، الذى لازالت الحاجة إليه فى المشروعات العملاقة كتوشكا مثلا.

٢ - وفى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ (157) قضت المحكمة برفض الدعوى التى تنعى على سلطة البنك المركزى فى حجب توزيع الأرباح حال وجود نقص فى المخصصات واجبة التكوين.

وتخلص الوقائع فى أن الجمعية التعاونية للإنتاجية لنقل البضائع بمحافظة الغربية - المدعية - كانت قد اكتتبت بعدد من الأسهم فى رأس مال بنك الغربية الوطنى للتنمية ، وقد قررت الجمعية العمومية غير العادية للبنك المذكور والبنك الوطنى للتنمية دمج البنك الأول فى الثانى .

وحدث أن البنك الأخير لم يقم بتوزيع أرباح على مساهمى البنك الأول استنادا إلى قرار صادر من البنك المركزى فى هذا الشأن ، وطعنت الجمعية المدعية فى دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦

من قانون البنوك والائتمان الصادر بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٧ - والمعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢، والتي تسمح للبنك المركزي المصري أن يصدر خلال شهر من تاريخ استلامه صورة من تقرير مراقب الحسابات قرارا بعدم توزيع أرباح على المساهمين إذا ما تبين وجود نقص في المخصصات، ولما وصلت القضية للمحكمة الدستورية أصدرت حكمها المذكور تأسيسا على مايلي :-

أولا - إن غاية النص المطعون فيه حمل البنوك جميعا على أن تكون مراكزها المالية مطابقة لحقيقتها توفيا لتلك المخاطر التي قدر شروها وإضرارها بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية والسلطة المخولة للبنك المركزي هي لضمان سلامة سوق النقد والمال .

ثانيا - إن القرار الذي يصدره مجلس إدارة البنك المركزي استنادا إلى النص المطعون فيه يجب أن يكون له أسسه الموضوعية فإن تخلفت جاز الطعن عليه أمام القضاء.

ثالثا - إن النص المطعون فيه ليس مبهما أو متخفيا على حد قول الجمعية المدعية، بل هو أحد الوسائل التي يملكها البنك المركزي في توجيه الائتمان ومراقبة الهيئات المصرفية بما يكفل سلامة مركزها المالي، واتخاذ التدابير المناسبة لمكافحة الاضطرابات الاقتصادية أو المالية ماكان منها عاما أو محليا.

رابعا - إن النص المطعون فيه لا يخالف نص المادة (٤) من الدستور والتي تقرر أن الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي ، إذ ذلك النظام ظل مرتبطا بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يدعمها النظام المصرفي تحت رقابة البنك المركزي الضامن لفاعليته.

خامسا - إن السلطة التي باشرها البنك المركزي وفقا للنص المطعون فيه لاتعنى استئنائه بالأرباح التي قرر عدم الاعتداد بتحقيقها.

سادسا - إن النص المطعون فيه لا يخل بمبدأ المساواة بين المودعين والمساهمين إذ يستعد المودعون حقوقهم من العقد بينما يستعد المساهمون حقوقهم من القانون، ومن ثم فمركز المودع لا يتكافأ قانونا مع مركز المساهم.

المطلب الخامس

رأينا في الموضوع

لجدال في أن المحكمة الدستورية قد سمت في المجال الاقتصادي إلى الحدود القصوى منشطة إياه ورادة الحقوق إلى أصحابها. دون إخلال بحق الدولة في التدخل كلما كان ذلك متطلبا وضروريا. وبالنسبة للضرائب فقد أوضحت المحكمة حدود فرضها محافظة في ذلك على الضوابط الدستورية الخاصة بها.

وكما رأينا حمت المحكمة حق الملكية ورفضت بكل قوة أن يكون التعويض عن الأملاك المسلوية رمزيا أو مسقوفا بحدود.

وفي مجال الإسكان والعلاقات الإيجارية استطاعت المحكمة عن طريق مجموعة من الأحكام المتوالية أن تبطل معظم النصوص التي تسعى بالباطل إلى إفقار المالك وإثراء المستاجر.

وعلى أثر جهود المحكمة المتميزة في هذا المجال، أصدر المشرع - بعد سيات عميق - القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القوانين الإيجارية.

ورغم تحفظنا على ماورد بهذا القانون - على النحو السالف - إلا أن القدر المتيقن هو أن الأمور تحركت في صوبها الصحيح ، خاصة فيما يتعلق بزيادة الأجرة. وقد هدف هذا القانون - وحسبما توضح مذكرته الإيضاحية - إلى تحقيق المساواة بين الأنشطة المتنوعة حرفية كانت أو تجارية أو صناعية أو مهنية، وكذا إلى استقرارها - لما لها من أبلغ الأثر على الأوضاع الاقتصادية في البلاد - ومراعاة البعد الاجتماعي ووصولا إلى قدر مقبول من التوازن في العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ولاشك أن للمحكمة كل الفضل فيما حدث، ولولا تدخلها لما تغيرت الأوضاع ولما زادت أجرة تلك الأماكن بالصورة التي زادت بها، إذ حرص المشرع على تقرير زيادة سنوية مقدارها ١٠٪ بصفة دورية لمجابهة التضخم .

وبقي أن يتدخل المشرع بون انتظار أحكام المحكمة ليعدل مما شُدَّ في العلاقات الإيجارية الأخرى ليعيدها إلى نصابها الصحيح ، بحسبان أنه لا تقدم بدون اعتدال الموازين.

ولقد كان فهم المحكمة لدور الدولة في المجال الاقتصادي متميزا ، فهي في حكم الخصخصة تؤيدها، ولو لفظتها المحكمة لحدثت كارثة اقتصادية، إذ ستصبح البيوع التي تمت لشركات قطاع الأعمال العام باطلة، مما كان سيسبب مشاكل كبيرة ، إضافة إلى أن وقف قطار الخصخصة اللازم لدفع عجلة التنمية فيه ردة إلى الوراء وضربا لسوق المال في مقتل وكذا الاستثمار الأجنبي.

ولنا أن نتساءل كيف كان سيق المستثمر الأجنبي في ظروف الاستثمار في مصر لو صدر حكم معاكس ؟ ، وكيف كنا سنصل لنسبة النمو المطلوبة في الاقتصاد القومي ؟.

ولاشك أن المحكمة في هذا الحكم استفادت كثيرا مما حدث لمحكمة روزفلت عندما حاولت أن تفرض نظرية اقتصادية معينة.

واعترافا بضرورة الحفاظ على دور الدولة - ممثلة في بنكها المركزي- حافظت المحكمة على سلطة البنك المركزي، إذ إن العودة إلى اقتصاد السوق في ظل ظروف العرض والطلب والحفاظ على سوق المال والاستثمار الأجنبي لايعنى أن تكون الحرية إلى منتهاها ، وإنما لابد أن تراقب الدولة وتشرف في حدود معينة من حدوث كوارث اقتصادية كما حدث في سوق المناخ بالكويت وماحدث في المكسيك.

وإذا كان مقبولا انهيار شركة ما، فإن انهيار بنك يعد أمرا غير مقبول بالمرة ، فإذا لم يأمن الناس على وداثهم بالبنوك فذلك هو الطامة الكبرى، لذا كان لابد أن يكون البنك المركزي هو عين الدولة الساهرة على مراقبة وسلامة النظام المصرفي.

ومن ثم كان دقيقا تماما تلك الرؤية التي رأت بها المحكمة البنك المركزي والتي عبرت عنها بحكمها من أنه يعتبر بنكا لبنوكها جميعا، يمد لها يد العون مواجهها اضطراباتها الاقتصادية، موفرا لها مايلزمها من الأرصدة النقدية الحاضرة مع وضعها تحت تصرفها، مباشرة سلطانا فعليا على أرصدها وقدرتها على خلق الائتمان، وعلى عمليات المقاصة فيما بينها، مخففا عنها حدة ضائقتها ابتقاء الحفاظ على سيولة النظام الائتماني ومرونته.

وهكذا نجد من المحكمة توفيقاً فذاً في أدائها الاقتصادي فهي تبطل الطالع من النصوص الاقتصادية وتبقى الصالح منها، ساعية بكل ماتملكه من طاقة نحو غد أفضل لمستقبل وطننا الاقتصادي.

المبحث الثالث

مجال الحقوق الجنائية

تمهيد :

إن الحقوق الجنائية لا يتم الحفاظ عليها إلا بمجموعة من الضوابط اللازمة لتحقيق المحاكمة المنصفة العادلة ، وتلك الضوابط عبارة عن نظام متكامل يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية وبحول بضماناته نون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها ، انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحرية الحياة الخاصة وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ولضمان تقيد الدولة عند مباشرتها سلطاتها في مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التي ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته، وعلى ذلك يجب الالتزام بمجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها (158).

وقد كفل الدستور في مادته السابعة والستين الحق في المحاكمة المنصفة بما تنص عليه تلك المادة من أن المتهم بريء، حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته العاشرة والحادية عشرة التي تقر أولاًهما أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة . وتردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية ، في أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه.

وهذه الفقرة هي التي تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها، وهي تردد قاعدة استقرار العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية، وتقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهومها للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة. وهي بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية، كما أنها تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي قضى الدستور في المادة (٤١) بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامها.

ولايجوز بالتالي تفسير هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً، إذ هي ضمان مبدئي لرد العنوان عن حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، وهي تكفل تمتعه بها في إطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها لا يقتصر على الاتهام الجنائي، وإنما يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً في الدعوى الجنائية وذلك أياً كانت طبيعة الجريمة ويغض النظر عن درجة خطورتها (159).

وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في عدة مبادئ سوف ندرس كل مبدأ منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول

افتراض البراءة

افتراض البراءة وحسبما أكدته المحكمة لايتمخض عن قرينة قانونية، ولاهو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي - ممثلا في الواقعة مصدر الحق المدعى به - إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلا عنها.

وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها فلقد ولد حرا مبرأ من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه ، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال، إلى أن تنتقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لارجعة فيه هذا الافتراض ، على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتهإليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها ، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلبا فيها، ويغير ذلك لاينهدم أصل البراءة ، إذ هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور.

ثم عادت المحكمة لتؤكد أهمية افتراض البراءة فقررت أنه يعكس قاعدة مبنية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية ، ويعتبر إنفاذها مفترضا أوليا لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول لون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل ، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشئها (160).

وفي تطبيق للمبدأ السالف ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/٢/٢ (161) إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٢١) من قانون الجمارك والتي افترضت العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت في حيازته البضائع بقصد الاتجار المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها الضرائب الجمركية.

وقد أكدت المحكمة أن الواقعة البديلة التي اختارها المشرع وهي عدم تقديم المستندات لاترشع في الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بالتهريب ثابتة بحكم القانون إذ لا تربطها بها علاقة منطقية ، الأمر الذي مؤداه غزو قرينة العلم بالتهريب غير مرتكزة على أسس موضوعية ومقحمة لإهدار افتراض البراءة ومجاورة لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور في صلبه.

وقد طبقت المحكمة ذات المبدأ بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ (162) والذي قضت فيه بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش، والتي كانت تعاقب على الغش والشروع فيه بالنسبة للأغذية والعقاقير والحاصلات وتفترض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين، وذهبت المحكمة إلى أن هذا النص يجعل النيابة غير مكلفة بإقامة الدليل على العلم، وغدا نفيه عبئا ملقيا على عاتق المتهم متلما هو الشأن في القرائن القانونية، ولا ترشح الواقعة البديلة التي اختارها

النص المطعون فيه - في الأعم الأغلب من الأحوال- لاعتبار واقعة العلم بغش السلعة أو فسادها ثابتة بحكم القانون، ولارتباطها علاقة منطقية بها، وتغزو هذه القرينة بالتالي مقمحة لإصدار افتراض البراءة، ومفتقرة إلى أسسها الموضوعية، ومجازرة لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور.

وجريا وراء ذات السياق قضت المحكمة بجلسة ١٦/١١/١٩٩٦ بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والتي نصت على أنه يعتبر مخالفا - مما يستوجب توقيع العقوبة الجنائية - كل من يملك أو يحوز أو يشتري أو يبيع أترية متخلقة عن تجريف الأرض الزراعية أو ينزل عنها بأية صفة أو يتدخل بصفته وسيطا في شيء من ذلك، ويستعملها في أي غرض إلا إذا أثبت أن التجريف كان صادرا طبقا لأحكام المادة ١٥٠ من القانون أي بقصد تحسينها زراعيًا أو المحافظة على خصوبتها.

وقد ذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه أدخل بالوسائل الإجرائية التي تعتبر وثيقة الصلة بالحق في الدفاع والتي تقتزن دائما بافتراض براءة المتهم من التهمة الجنائية .

ويمثل الإخلال - من وجهة نظر المحكمة - في أن النص المقضى بعدم دستوريته افترض توافر القصد الجنائي في شأن الحائز لأترية أرض زراعية متخلقة عن تجريفها حال أن هذا القصد يعتبر أحد أركان هذه الجريمة، التي تلتزم النيابة العامة بإثباتها في كل مكوناتها، وكان هذا الافتراض يناقض أصل البراءة ويجرده من محتواه عملا، وينقل إلى المتهم عبء نفيه على خلاف الأصل.

وذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/١/٢ (١٦٣) إلى أن بحض أصل البراءة يغزو ممتنعا بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية - في مجال ثبوت التهمة - مبلغ الجزم واليقين بما لا يدع مجالا معقولا لشبهة انتقائها ويشترط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفذ طرق الطعن فيه وصار باتا.

ومن حيث إن المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم نص في المادة (٥) منه على أن للاشتباه صورتين يمثل الاشتهار إحداها وتفصح عن إحداها سوابق متعددة مردها إلى أحكام إدانة سابقة، فلقد رأت المحكمة أن الاشتهار والذي يقوم بالأقوال والسوابق والتقارير - يقصر عن أن يكون من الأفعال التي يجوز تجريمها، إذ يتناقض ذلك مع افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته بصفة باتة بعد اقتناعها بالأدلة الكافية التي نسبته النيابة العامة إليه باعتبارها ركنا ماديا في الجريمة. ولا كذلك الاشتهار، إذ لا يؤهل إلى فعل محدد يكون مادة الجريمة أو موضوعها. وإنما يقوم على مجرد حالة لانتشئها أو تتصل بها أفعال مادية قام الدليل عليها يعبر بها الجاني عن إرادته الواعية الجازمة، متوسلا بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التي يبتغيها.

وبالنسبة للصورة الأخرى للاشتباه والتي تقوم في جوهرها على أحكام إدانة سابقة فقد رأت المحكمة أن الاشتباه يظل حين إذ جريمة بلا سلوك، واعتبرت أن ذلك يعد عقابا للشخص على الفعل الواحد أكثر من مرة مما يخالف الوسائل القانونية السليمة .

ونرى أن هذا المبدأ الأخير هو فرع من افتراض البراءة إذ إن معاقبة الشخص عن الفعل الواحد مرة واحدة يرد إليه أصل البراءة المفترض فيه، مما يؤدي لوقوف هذا المبدأ بالمرصاد لكل محاولة تالية للعقاب على ذات الفعل.

وطبقت المحكمة ذات المبدأ السابق في حكمها بجلسة ١٩٩٦/٦/١٥ (164) والذي قضت فيه بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكرر من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات، والتي نص فيها المشرع على تدابير معينة تحكم بها المحكمة الجزئية على كل من سبق الحكم عليه أكثر من مرة أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في ذلك القانون، بحسبان أن الجريمة المحتملة التي لم يرتكبها المتهم بعد، هي التي أراد المشرع توقيها من خلال تلك التدابير.

ونذهبت المحكمة إلى أنه لا دليل على قيام علاقة حتمية بين انتماس الشخص في جرائم سابقة، وبين ترديه في حمائها والعودة إليها من جديد، وكان مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص لا عن جريمة أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى جسامتها - بل بناء على محض افتراء بالإيقال في الإجراء لا يريد المذنبون عنه أبداً، بل هم إليه منصرفون ييقونها عوجاً.

ونذهبت المحكمة إلى أنه لا ينبغي أن يقرر المشرع - بالنص المطعون فيه - عقاباً أكثر من مرة عن فعل واحد بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها ، ودون جريمة جديدة يدعى وقوعها.

وجرياً وراء ذات منطق الحكم المشار إليه الذي يتطلب نوعاً من الجزم واليقين توصف به الأدلة التي تنقض أصل البراءة ذهبت المحكم بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٦/١٠/٥ (165) إلى عدم دستورية نص المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية والتي تجيز للنائب العام إذا قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص العامة، أن يأمر ضماناً لتنفيذ ماعسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وقد أكدت المحكمة أن مناط فرض القيود التي تضمنها النص السالف لا يرتبط حتى بصنوع اتهام محدد في شأن شخص بعينه ، بل مبناها قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان اتهامه بإحدى الجرائم التي حددها ، وكانت هذه الدلائل لا تلتبس بقوة الأمر المقضى ، ولا تأخذ مجراها في شأن هؤلاء المتهمين، ولا تعتبر بالتالي حكماً لارجوع فيه يدينهم عنها، ومن ثم فإن التمييز بينهم وبين غيرهم - وعلى غير سند من الدستور - وأصل البراءة يجمعهم - يكون منافياً لحكم العقل unreasonable مظهر التحكم palpably arbitrary ومخالفاً بالتالي لحكم المادة ٤٠.

وهكذا نستطيع أن نقول إن المحكمة خرّجت الأمر في هذا الحكم تخريجاً جديداً حيث وصلت إلى القضاء بعدم الدستورية تأسيساً على أنه طالما أن الدلائل التي يستقل النائب العام بتقديرها ليس لها قوة اليقين القضائي، فإنه لا محل للتمييز بين الأشخاص محل المادة ٢٠٨ (أ) من قانون الإجراءات وغيرهم رغم شمول افتراض البراءة للجميع، ومن ثم فإن مبدأ المساواة هوكريزة الحكم ، وتم التوصل إلى انتهاكه عن طريق أصل البراءة.

وفي نقد للحكم السابق رأى المستشار/ محمد حامد الجمل (166) أن أوامر المنع تختلف في طبيعتها وغايتها عن الحراسة لأن الأخيرة تعنى شل إرادة الخاضع عن الإرادة والتصرف معا ويقوم الحارس بالنيابة الجبرية عنه في تلك الوظائف ، ويكون ذلك لحساب الخاضع أو لدانتيه أو لحساب

النولة حسبما يحدده حكم الحراسة بحسب الأحوال، وقد تكون للحراسة مدة أولا، ولا ترفع إلا بحكم آخر يرفعها أما أوامر المنع فهي محدودة بحدود التحقيق، فإذا ما رفع الأمر للمحكمة أصبح مرده إليها وللمتهم الحق في التظلم قبل الإحالة.

ويرى سيادته أن المادة (٤١) من الدستور تجيز المساس بالحرة الشخصية بأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، ويسير على نفس المنوال المادتان (٤٤) و (٤٥) من الدستور في شأن حرمة المساكن وعدم جواز انتهاك حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، ومن ثم فإن منطق الحكم يفضي إلى عدم دستورية سلطة النائب العام في حبس المتهم احتياطيا دون عرضه على القاضي المختص لأن ذلك تقييد للحرية التي صانها الدستور دون حكم قضائي .

والخلاصة - في رأى سيادته - أن كل إجراء يلزم لحماية حق السلطة القضائية في إجراء التحقيق وصولا إلى الحقيقة كفل المشرع الدستوري أن يتم إما بحكم القاضي أو بأمر من النيابة العامة تحت رقابة القضاء ، فلا يجوز وقد جعل إقامة الدعوى الجنائية أمانة في عنق النيابة العامة أن تغل يدها عن مال المتهم الذي قد يكون متحصلا من جرائم يكشف عنها التحقيق.

ويمكن الرد على ماسلف بما أكده الحكم ذاته من أن القيود التي فرضها النص في مضمونها وأثرها صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع على الأموال بعيدا عن صدور حكم قضائي بها، بالمخالفة لنص المادة ٢٤ من الدستور التي تقضى بأن الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي.

وهكذا يمكن القول وحسبما أوضح المستشار / عبد الرحمن نصير - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا^(١٦٧)، أن فلسفة الحكم قائمة على عدم منح النائب العام سلطة منفردة دون رقابة قضائية ، حيث يحدث عملا أن تظل بعض القضايا رهن التحقيق مدة طويلة تصل لعشر سنوات يحصل بعدها المتهم على البراءة، ويظل المتهم وأولاده وأسرتة طيلة هذه الفترة ممنوعين من التصرف.

ونرى أن قياس أمر التحفظ على الحبس الاحتياطي في غير محله لأن الحبس الاحتياطي يكون تحت رقابة السلطة القضائية حيث يعرض المتهم المحبوس بعد فترة محددة في القانون على السلطة القضائية للنظر في تجديد حبسه، وهو الأمر الذي لوراعته السلطة التشريعية بالنسبة للنص محل الموضوع لما قضى بعدم دستوريته. ونأمل أن يصدر القانون الجديد ناصبا على منح النائب العام سلطة المنع مع ضرورة العرض على محكمة ، ولتكن محكمة الجناح المستأنفة مثلا منعقدة في غرفة المشورة - خلال فترة وجيزة (١٥ يوما مثلا) .

المطلب الثاني

وجود نص قانوني مفهوم يتضمن تعديدا واضحا للسلوك غير المشروع

" ascertainable standard of guilt "

إن غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص الجنائية خاصة يجعلها غير دستورية، ولعل أوضح حكم يعبر عن هذا المعنى هو ذلك الصادر بجلسة ١٢/٢/١٩٩٤^(١٦٨)، حيث ذهبت المحكمة إلى أن غموض النص العقابي يعني أن يكون مضمونه خافيا على أوساط الناس

باختلافهم حول فحواه، ومجال تطبيقه ، وحقيقة مايرمى إليه، فلا يكون معرفا بطريقة قاطعة بالأفعال المنهى عن ارتكابها، بل مجهلا بها ومؤديا إلى انبهاهما، ومن ثم يكون إنفاذه مرتبطا بمعايير شخصية قد تخالفها الأمراء ، وهى بعد معايير مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه ، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميها التى غالبا مايجاوزونها التواء بها أو تحريفا لها ليُنال من الأبرياء.

ويوجه خاص فإن غموض النص العقابى يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة، تحدد لكل جريمة أركانها، وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه. وهى قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز اقتحام حدوده.

كذلك فإن غموض النص العقابى ، يحمل فى ثناياه مخاطر اجتماعية، لا ينبغى التهور منها. ويقع ذلك لأن تطبيقه يكون انتقائيا منطويا على التحكم فى أغلب الأحوال وأعمها، ولأن المواطنين الذين اخطأ عليهم نطاق التجريم، والتوت بهم مقاصد المشرع، يقعدون عادة - حذر العقوبة وتوقيا لها - عن مباشرة الأفعال التى داخلهم شبهة تأنيبها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها. بل إن الاتجاه المعاصر والمقارن فى شأن النصوص العقابية، يؤكد أن الأضرار المترتبة على غموضها ، لا تكمن فى مجرد التجهيل بالأفعال المنهى عنها، بل تعود - فى تطبيقاتها - إلى عنصر أكثر خطرا ، وأبرز أثرا يتمثل فى افتقارها إلى الحد الأدنى من الأسس اللازمة لضبطها، والتى تحول كأصل عام بين القائمين على تنفيذها ، وإطلاق العنان لنزواتهم، أو سوء تقديراتهم.

وأكدت المحكمة أنه إذا كان الأصل فى النصوص العقابية ، هو أن تصاغ فى حدود ضيقة narrowly tailored لضمان أن يكون تطبيقها محكما، فقد صار من الحتم أن يكون تمييزها محظورا⁽¹⁶⁹⁾، ذلك أن عموم عباراتها واتساع قوالبها، قد يصرفها إلى غير الأغراض المقصودة منها، وهى تحض دوما على عرقلة حقوق كفلها الدستور، أو تتخذ ذريعة للإخلال بها، وفى مقدمتها حرية التعبير، وحرية التنقل، والحق فى تكامل الشخصية، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع.

ولئن جاز القول بأن تقدير العقوبة وتقرير أحوال فرضها هو مما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يمارسها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، وفق الأسس الموضوعية التى يراها أصوب لمصالح الجماعة، وأحفظ لقيمها، إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور، ويندرج تحتها ألا يكون أمر التجريم فرطا، وهو ما يتحقق فى كل حال كلما كان النص العقابى محملا بأكثر من معنى، مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، مرنا متراميا على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها، متغولا - من خلال انفلتات عبارات - حقوقا أرساها الدستور، مقتحما ضماناتها، عاصفا بها، حاثلا دون تنفسها بغير عائق ويتمعن بالتالى أن يكون النص العقابى حادا قاطعا، لا يؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها، كى لا تتداح دائرة التجريم، وليلظ دوما فى إطار الدائرة التى يكفل الدستور فى نطاقها، قواعد الحرية المنظمة ordered liberty .

وهكذا خلصت المحكمة - فى هذا الحكم التعليمى التثقيفى المرشد للمشرع والقاضى والفقيه - إلى أنه طالما أن القوانين الجزائية تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها، كى يدفعوا عن حقهم فى الحياة، وكذلك حرياتهم، تلك المخاطر التى تعكسها العقوبة، ومن ثم كان أمرا مقضيا أن تصاغ تلك

القوانين بما يحول دون انسيابها، أو القياس عليها، أو تباين الآراء حول مقاصدها⁽¹⁷⁰⁾.

ووضوح النس لا يرتبط فحسب بالركن المادى للجريمة والعقاب عليه وإنما يمتد ليشمل لزوماً الركن المعنوى فى الجريمة حتى ولو تعلق الأمر بجريمة غير عمدية، إذ الأخيرة لا تقوم إلا على الخطأ - حسبما أوضحت المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٢/٢/١٩٩٥ (171).

وترى المحكمة أن صور الخطأ على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل فى انحرافها عما يعد - وفقاً للقانون الجنائى - سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد، وأن هذه الصور على تعددها، تتباين فيما بينها سواء فى نوع المخاطر التى تقارفها أو درجاتها. ويتعين بالتالى أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون منها مؤثماً فى تقديره مع بيان عناصر الخطأ فى كل منها تعريفاً بها، وقطعاً لكل جدل حول ماهيتها، توكيلاً لانتباسها بغيرها، وتعييناً جلياً لما ينبغى على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يتأوه أو يدعوه من أفعال.

وأوضحت المحكمة سبب ماقدرته فى عبارة بلاغية رائعة تجمع الأمر وتمثل ضوابطاً للتجريم عامة هى أنه لا يجوز لمثل هذه النصوص أن تحمل الناس مالا يطيقون ولا أنه تؤاخذهم بما يجهلون، ولا أن تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير منذرين، ولا أن تنهاتهم عما أليس عليهم، وإلا قام التجريم فيها على أساس من الظن أو الإيهام، ليكون خداعاً أو ختلاً⁽¹⁷²⁾.

وهكذا يمكن القول بأن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها⁽¹⁷³⁾.

المطلب الثالث

مراعاة تفريد العقوبة

Individualization of punishment

إذا كانت القاعدة هى أن الجزء من صنف العمل بما يشير إلى ضرورة مراعاة نوع من التوازن بين العقوبة والجريمة، فإنه لا جدال فى ضرورة تمكين القاضى من أن يقدر الجزء المناسب من خلال العوامل الموضوعية المتصلة بالجريمة وتلك الشخصية المتصلة بمرتكبها، الأمر الذى يفضى إلى ضرورة التقرير بأن سلطة القاضى فى تفريد العقوبة هى من الأمور شديدة الارتباط بالوظيفة القضائية وخصائصها وهو الأمر الذى لا يجوز للمشرع انتهاكه ولا حرمان القاضى منه.

وقد أتت المحكمة أن توضح موقفها من هذا المبدأ لما قضت بحكمها الصادر بجلسته ٨/٢/١٩٩٦ (174)، بعدم دستورية مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥٦ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، وقد ذهبت المحكمة تأسيساً لقضائها المذكور إلى أن المتهمين لاتجانس خصائص تكوينهم heterogenous ولاتتحد ببيتهم، بل يتميزون على الأخص من حيث تعليمهم وثقافتهم وقدر نكأنهم واستقلالهم وتدرج نزعتهم الإجرامية بين أئنها واعتدالها أو غلوها أو إيفالها.

ويستحيل بالتالى معاملتهم بوصفهم نمطاً ثابتاً، أو النظر إليهم باعتبار أن صورة واحدة تجمعهم لتصميم فى قالبها بما مؤدها أن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لاتعميمها. وتقدير استثناء من هذا الأصل - أيا كانت الأغراض التى يتوخاها - مؤدها أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم " homogenous " وأن عقوبتهم

يجب أن تكون واحدة لاتغاير فيها ، وهو مايعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة - وبصورة مجردة - ليجر ألوانا من المعاناة تخالفها آلام تقتقر لبرراتها، ويعد أن فقت العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها ، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض.

كذلك ذهبت المحكمة إلى أن اعتبار المتهمين نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جريمتهم أو دوافعها أو خلفيتها لايعدو أن يكون إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة التى لايتصور فى غيبتها أن يكون للحق فى الحياة أو فى الحرية، من قيمة لها اعتبارها.

وانتقلت المحكمة بعد ذلك إلى ضرب صور التفريد، فذهبت إلى أنها لاتتقيد بنوع العقوبة وقدرها - فى إطار الحدود المقررة قانونا لها ، وإنما تنفك لتشمل تنفيذ العقوبة المحكوم بها أو الأمر بإيقافها ، فى إطار من سلطة القاضى التقديرية لظورة التنفيذ ومايتضمنه من الاتصال بمنظبن آخرين ربما كانوا أكثر عتوا وأفدح إجراما.

وأكدت المحكمة أن تفريد عقوبة الغرامة أكثر مرونة من ذلك المتعلق بالعقوبة السالبة للحرية، إذ يكفل عدالتها ويسر تحصيلها دون أن تكون وطأتها على الفقراء أثقل منها على الأغنياء.

ووضعت المحكمة فى هذا الحكم معيارا متميزا مؤداه عدم دستورية كل نص تحاول به السلطة التشريعية أن تخل بالحقوق المرتبطة عقلا بالوظيفة القضائية بحسبان أن ذلك يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات ، لأن الدستور إذا كان قد حدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها ، فإنه بذلك يكون قد عين لكل منها الترخوم والقيود والضابطة لولايتها بما يحول دون تدخل إحداها فى أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها فى ممارسة اختصاصاتها التى ناطها الدستور بها⁽¹⁷⁵⁾.

المطلب الرابع

كفالة حق الدفاع

نصت المادة ١٧٧ من الدستور على أن المتهم برى، حتى تثبت إدانته فى محاكم قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وهكذا كفل الدستور حق الدفاع كشرط من شروط المحاكمة المنصفة وأكدته مرة أخرى حين نص فى المادة ١٧٩ على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وقد سبق تأكيد هذا الحق بواسطة كلا من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية⁽¹⁷⁶⁾.

وبالإضافة إلى القيمة الدستورية لحق الدفاع فقد نال هذا الحق ضمانا دستوريا فيما يتعلق بعناصره ، وهى على التفصيل الآتى :

- حق المتهم فى الإحاطة بالتهمة حتى يمكن ضمان الدفاع الفعال عنه، إذ بيون هذه الإحاطة والمعرفة يضحى حق الدفاع مشوبا بالغموض فاقتدا لفعالته، وقد أكدت هذا الحق المادة (٧١)⁽¹⁷⁷⁾ من الدستور المصرى وأشار إليه أيضا العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية .

- حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية ، دون إكراه، وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن مقبوض عليه أو مفقده حريته تحت وطأة الإكراه البدنى أو المعنوى يهدر ولايعول عليه (مادة ٤٢ من الدستور).

- الحق في الاستعانة بمحام وهو ما كفلته الدستور المصري بالمادة ٦٩ منه، بل إن كل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه (م ٢/٦٧ من الدستور).

وعلى الإجمال يمكن التقرير بأن المشرع الدستوري حاول تحقيق توازن نسبي - وليس حسابي - بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام حتى لا تتحول الإجراءات الجنائية إلى وثيقة اتهام مستمرة يقف أمامها المتهم موقف الإذعان أو الخضوع بما يتناقض مع قرينة البراءة.

وقد أوضحت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٢/٢/١٩٩٤⁽¹⁷⁸⁾ حول تقدير أتعاب المحامي حق الدفاع بصفة عامة ومفهومة - دون أن تقتصره على المجال الجنائي، فأكدت على أن ضمان هذا الحق يفترض أن يكون الدفاع فعالا، محيطا بالحقوق التي يتناولها التوكيل، فلا تكون المعاونة التي يقدمها المحامي لموكله دون مستوياتها الموضوعية التي يعطيها الضمير، وكان الدستور تعزيزا منه لضمانة الدفاع على هذا النحو لم يجز للسلطة إهدار هذا الحق أو تقليص محتواه، إذ إن ضمانته الدفاع لم تعد ترفا يمكن التجاوز عنه، وأن إنكار ضمانته الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، ليس إلا هدمًا للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقفها سوية على قدميها، سواء أكان نقضها أو إعاقته منصرفا إلى حق الدفاع بالأصالة، بما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الواقعة محل التداعي مبيئا حكم القانون بصدها، أم كان متعلقا بالدفاع بالوكالة، حين يقيم الشخص باختياره محاميا يطمئن إليه لخبرته وقدراته.

وأكدت المحكمة أن الدستور يعد أن قرر أصل الحق في ضمانته الدفاع - أصالة أو بالوكالة - خطأ خطوة أبعد بإقراره الفقرة الثانية من المادة ٦٩، التي تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين ماليا وسائل اللجوء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم، مخولا المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملزمة التي يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرياتهم من خلال تأمين ضمانته الدفاع عنها.

وبحكم المحكمة الصادر بجلسة ١٢/٢/١٩٩٥⁽¹⁷⁹⁾ بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٢ والتي حظرت مباشرة المحامين بالإدارات القانونية بشركات القطاع العام لأعمال المحاماة بالنسبة إلى القضايا الخاصة بهم وتكون متعلقة بالجهات التي يعملون فيها، أكدت المحكمة على المزاوجة بين حق الدفاع وحق التقاضي بما قررت من أنه لا يمكن فصلهما أو عزلهما، ذلك أنهما متكاملان ويعملان معا في دائرة الترضية القضائية *judicial relief* والتي يعتبر اجتثاثها غاية نهائية للخصومة القضائية فلا قيمة لحق التقاضي، ما لم يكن متساندا بضمانة الدفاع، عاملا من أجل إنفاذ مقتضاها، والعكس صحيح فلا قيمة لضمانة الدفاع بعيدا عن حق النفاذ إلى القضاء وإلا كان القول بها وإعمالها واقعا وراء جدران صامتة " *behind walls of silence* " .

وأوضحت المحكمة أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مستقلان، ولا يتهدمان، وأن حق الدفاع أصالة أسبق وجودا من الحق في اختيار محام.

وركزت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٩٢⁽¹⁸⁰⁾ على ضمانته الدفاع في المجال الجنائي - التي هي فرع من ضمانته الدفاع عامة - مؤكدة أن ضمانته الدفاع في تأمين حقوق الفرد وحرياته تبدو أكثر لزوما في مجال الاتهام الجنائي، باعتبار أن الإدانة التي قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بين الفرد والجماعة التي ينتمي إليها منهية - أحيانا - آماله المشروعة في الحياة

، الأمر الذى يتعين معه أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازنا بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم، ويمكن بالتالى من مقارعة الحجة بمنهجها وبحض الأدلة .

وذهبت المحكمة إلى أنه غدا أمرا مقضيا أنه إذا كان حق الدفاع فى المجال الجنائى يعنى فى المقام الأول حق المتهم فى سماع أقواله ، ولذلك فإن حق الدفاع يغزو سرايا بغير اشتماله على الحق فى سماع⁽¹⁸¹⁾ المتهم عن طريق محاميه، ذلك أن ماقد يبيو واضحا فى الأذهان لرجال القانون، يكون شائكا محاطا بغلالة كثيفة من القموض بالنسبة لغيرهم أيا كان حظهم من الثقافة، ويوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها التى تتعلق بالقواعد الحاكمة للأدلة، الأمر الذى يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذى يقيمه الشخص باختياره وكيلًا عنه إذا كان قادرا على الوفاء بأتعابه، أو معونة من تنتدبه المحكمة له إذا كان معسرا ، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها.

ولم يفت المحكمة أن تؤكد أن ضمانات الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها، بل تمتد كذلك مظهراتها وما يتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التى يمكن أن تحدد نتيجتها المصير النهائى لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعدد من محاكمته إطارا شكليا لا يرد عنه ضررا ، ويوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغواء بما يدينه.

ولاحظت المحكمة أن هذا المعنى يؤيده نص المادة (٧١) من الدستور والذى خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو للاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ، بما يعنيه ذلك من ضمان حق فى الحصول على المشورة القانونية اللازمة ممن يختاره من المحامين ، ليمده بالمعونة الفعالة، ومن ثم لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه بما يسىء إلى مركزه وذلك سواء أثناء التحقيق الابتدائى أو قبله. وتقصد المحكمة بالطبع من لفظ قبله سؤال المتهم بمعرفة ضباط الشرطة قبل عرضه على النيابة.

وبحكم المحكمة الصادر بجلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ ، والذى قضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية، والذى ألزم المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات ، بأن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة أيام التالية ، بيانا بالأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام، أو شخص ذى صفة نيابية عامة، أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل، أعادت المحكمة التأكيد على أن ضمانات الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة بل تمتد مظهراتها كذلك، وما يتصل بها من أوجه الحماية، إلى المرحلة السابقة عليها.

وذهبت إلى أنه من غير المتصور أن يكون دور المحامين رمزيا أو شكليا متخازلا أو قاصرا عن أن يقدم للمتهمين تلك المعونة الفعالة التى يقتضيها النظام الاختصاصى للعدالة الجنائية ، وقوامها الفرص المتكافئة التى يواجهون من خلالها الأدلة التى طرحتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، مع الحق فى تحصنها بأدلة النفى التى يقدمونها- لا خلال فترة زمنية محددة لا يحيدون عنها- بل كلما كان ذلك ممكنا وإلى أن تصل المحاكمة الجنائية ذاتها - وعلى امتداد مراحلها- إلى خاتمتها.

وقد اعتبر النص المطعون فيه معجزا المحامين عن إدارة الدفاع عن موكلهم وفق أصول المهنة ومقتضاها⁽¹⁸²⁾ .

المطلب الخامس

مراعاة قاعدة رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم

أوضحت المحكمة مؤدى هذه القاعدة وأساسها وغايتها بحكمها الصادر فى ١٩٩٢/١١/٧ (183) فلكدت على أن مؤداها سريان النصوص العقابية الأصلح للمتهم بئر رجعى على الجريمة التى ارتكبها المتهم وذلك لانتفاء الفائدة الاجتماعية التى كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة وتوقيعها عليه.

وأساس هذه القاعدة تفرضها المادة (٤١) من الدستور، إذ رجعية القوانين الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره مفتقرا إلى أية مصلحة اجتماعية ، ويتحقق ذلك بوجه خاص حين ينتقل القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة - وهى الأصل - مقررًا أن ما كان مؤثما لم يعد كذلك وأن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها معاقبا على كل فعل يناقضها، قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها .

ولاتخل القاعدة الأنفة بالنظام العام بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده. وفى تطبيق للمبدأ المذكور نهبت المحكمة إلى أنه إذا كان وزير التموين قد أقر تنظيمًا يؤثم أفعالا تتعلق بتداول إحدى السلع أو حيازتها بقصد الاتجار أو التعامل فيها، وكان هذا التنظيم غير مقيد بفترة زمنية موقوتة، بل كان العمل به ممتدا فى الزمان ، فإن عدول الوزير عن هذا التنظيم وإباحته الأفعال التى كان قد حظرها ، يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم.

وقد أتيح للمحكمة فى حكم حديث لها صادر بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ (184) أن تعيد تأكيد المبدأ ولكن بصورة أكثر تفصيلا ووضوحا حيث أعطت المحكمة لبدأى عدم رجعية القوانين الجنائية، وضرورة إرجاعها حال كونها أصلح للمتهم ذات القيمة الدستورية ، فأوضحت المحكمة أن إنكار الأثر الرجعى للقوانين الجزائية، يفترض أن يكون تطبيقها فى شأن المتهم مسينا إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه القانونى فى مواجهة سلطة الاتهام، فإن رجعيته تكون أمرا محتوما.

ومن ثم تكون أمام قاعدتين تجريان معا وتتكاملان : أولاها : أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا فى الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعيا كلما كان أشد وقعا على المتهم ، وثانيتهما : سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثما قانون سابق كلما كان القانون الجديد أكثر يسرا. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه ، أن ثانيتهما لاتعتبر استثناء من أولاها، ولاهى قيد عليها، بل هى فرع منها ونتيجة حتمية لها. وكلاهما تعتبران امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات *prolongement nécessaire* ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها.

وصار أمرا مقضيا - وكلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم - أن ترد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها.

ولم يفت على المحكمة أن توضح أمرا هاما شأنه، ويعد مفترضا أوليا لتطبيق القاعدة ألا وهو أن القوانين الجزائية التى تقارن بها ببعض تحديدًا لأصلحها للمتهم ، يفترض اتفاقها جميعها مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها فى عقوباتها.

وهكذا يمكن القول إنه حتى يصلح القانون الجزائري ليدخل في مقارنة مع غيره ليبحث ما إذا كان أصح للمتهم فإنه لا بد وأن يكون متفقاً أساساً مع الدستور ، ويعد كل قضاء من المحكمة في هذا الشأن مؤكداً على الدستورية مانعاً من العودة إليها، الأمر الذي يمكن تشبيهه بما استقرت عليه المحكمة الدستورية من أن كل قضاء في موضوع القانون يفترض مبدئياً خلوه من العيوب الشكلية .

وفي تطبيق لبدا القانون الأصلح للمتهم على الموضوع المعروض على المحكمة، ذهبت المحكمة إلى أن المشرع انتقل بحق المؤجر في تقاضى مقدم الأجرة من الحظر الكامل المقرر بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م ٢٦ ، م ٧٧ منه) ، إلى الحظر المقيد المقرر بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م ٦ منه) ، إلى إطلاق هذا الحق من كل قيد ضماناً لأن يكون هذا الحق مكتملاً لامبتسرا، وذلك بإصداره القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في ١٩٩٦/١/٣٠ .

وإذا بات الأمر كذلك فقد تعين الحكم بانقضاء مصلحة المدعى في الدعوى ومن ثم القضاء بعدم قبولها. وقد حرصت المحكمة في الفقرة الأخيرة من الأسباب السابقة على المنطوق مباشرة أن تؤكد أن قضاء المحكمة باعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصح للمتهم، قد انبنى على التطبيق المباشر للقواعد الدستورية ، ومن ثم فإن القضاء باعتبار هذا القانون أصح للمتهم يكون متممناً بالحجية المطلقة التي أسبغها المشرع على أحكام المحكمة الدستورية الصادرة في المسائل الدستورية ، ولمزماً بالتالي الناس كافة وكل سلطة في الدولة ، بما في ذلك جهات القضاء على اختلافها⁽¹⁸⁵⁾ .

ومرجع الحصر الألف في وأينما يرجع إلى أمرين : **الأمر الأول :**

إن المحكمة كانت تعلم يقيناً وقت إصدارها للحكم بوقوع تضارب بين دائرتي محكمة النقض الجنائية⁽¹⁸⁶⁾ والمدنية حول ذات الموضوع حيث ذهبت الدائرة الجنائية حقا إلى أن القانون ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر أصح للمتهم بينما ذهبت الدائرة المدنية إلى وجهة النظر العكسية فأرادت أن تضع حداً لهذا الأمر.

وكان قضاء الدائرة المدنية قد تأسس على أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ - السالف بيانه - في صريح لفظه وواضح دلالاته ومن مطالعة مذكرته الإيضاحية الكفَى بالنص على عدم سريان تشريعات إيجار الأماكن على العلاقات التي يحكمها والتي أحال بشأنها إلى أحكام القانون المدني وهي الخاصة بالأماكن التي لم يسبق تأجيرها، والأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بذلك القانون أو تنتهي بعده لأي سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقاً للقانون. ولزام ذلك ، إن أحكام القانونين رقمي ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلهما ، تظل سارية على العلاقات الإيجارية القائمة والتي أبرمت في ظل تلك القوانين قبل العمل بالقانون الجديد، ومن بينها النصوص التي قيدت حرية المالك في تقاضى أية مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار، إذ إن القانون الأخير لم يرد به - صراحة أو ضمناً - ثمة إشارة إلى إلغاء القوانين الخاصة بإيجار الأماكن التي صدرت قبله ، أو إلغاء النصوص التي تحرم تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار الذي أبرم طبقاً لأحكام تلك القوانين

قبل العمل بهذا القانون، كما لم يتضمن إلغاء العقوبة المقررة لها أو تعديلها ، فيبقى من ثم لكل من هذه القوانين مجال إعمالها ، ولا يقدح في ذلك مانصت عليه المادة الثالثة من هذا القانون بإلغاء كل نص في أى قانون آخر يتعارض مع أحكامه ، ذلك أن الواضح من المادة الأولى - على ما سلف بيانه - أنها تسلم بعدم إلغاء القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وكذلك قوانين الإجراءات السابقة عليها بشأن الأحكام المحددة للأجرة ، والأحكام المقررة على مخالفتها - هذا إضافة إلى أن قوانين إيجار المساكن الصادرة قبل العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ هى تشريعات خاصة ، وإذا يعتبر القانون الجديد تشريعا عاما، فإن التشريعات الخاصة السابقة تظل سارية استثناء من التشريع العام اللاحق ماضية فى تحقيق الغرض الذى سنت من أجله لما هو مقرر من أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينظمه القانون الخاص من أحكام ، وأن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما ، ومن ثم فإن الجرائم التى وقعت فى ظل قوانين إيجار المساكن تظل قائمة وخاضعة لأحكامها حتى بعد العمل بأحكام القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ، ويسرى عليها أحكام تلك القوانين ولا يمتد إليها أحكام ذلك القانون بأثر رجعى لتخلف مناهج إعمال هذا الأثر.

ولاشك أن المتعمق فى حكم المحكمة الدستورية وحكم النقض الآن يدرك أن حكم أولهما هو الراجح وثانيهما هو المرجوح من حيث إن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ - يقينا - أصلح للمتهم.

الأمر الثانى :

إن المحكمة كانت تعلم أن الأمر فيه تخرج جديد لم تذهب إليه سلفا حيث تقضى المحكمة بعدم قبول الطعن على مواد جنائية يراها الطاعن غير دستورية لانتفاء المصلحة فى الطعن عليها بعد أن صدر قانون جديد يزيل التجريم وينطبق عليها بأثر رجعى تطبيقا لقاعدة القانون الأصلح للمتهم.

وقد أدركت المحكمة أنه لو انتصرت ههنا محكمة النقض المنصوص عليهما بالمادة ٤ من قانون السلطة القضائية لحكم الدائرة المدنية ولم تنص هى على هذه الفقرة السابقة على المنطوق، فقد يفسر البعض الأمر بأن حكم المحكمة الدستورية هو حكم بعدم القبول الشكلى وليس فيه إلزام للكافة خاصة وأنه لم يقض بدستورية نص أو بعدم دستوريته، مما يعنى يقينا إبقاء حكم المحكمة الدستورية دون تنفيذ إضافة إلى شذوذ غريب فى الأوضاع يتمثل فى إبقاء نصوص جنائية حصينة من الفحص الدستورى.

والمتعمق فى الأمور يدرك - حقا - أن الحكم الآن وإن كان بعدم القبول إلا أنه قد تم بعد الاستغراق فى البحث الدستورى للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ وتطبيقه بوصفه قانونا أصلح للمتهم، الأمر الذى يجعله حكما فى دعوى دستورية ملزما لجميع سلطات الدولة وللکافة تطبيقا للمادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتى تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة .

ونرى أنه يقصد بالحكم فى الدعوى الدستورية الحكم الموضوعى بدستورية نص أو بعدم دستوريته وكذلك الحكم الشكلى بعدم القبول أو بانتفاء الخصومة المستند إلى أسباب موضوعية صرفه، حيث إن طبيعة هذه الأسباب حين إذ - كفكرة القانون الأصلح - تصلح لإلزام سلطات الدولة والكافة بها.

المبحث الرابع

مجال الشريعة الإسلامية

تمهيد :

كانت المادة الثانية من الدستور تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وقد تم تعديلها بالتعديل الدستوري الذي تم في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن إلزام المشرع باتخاذ المبادئ الشرعية الإسلامية بصفتها المصدر الرئيسي للتشريع - على نحو ما جرى به التعديل السالف - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام، بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصورها فعلا من قبله، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الأعمال ، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد^(١٨٧) .

وترتباً على ما تقدم فقد أصدرت المحكمة عشرات^(١٨٨) الأحكام التي انتهت فيها لرفض الدعوى، وسوف نحلل أحكام المحكمة المتعلقة بالقوانين المخالفة للشريعة وتلك غير المخالفة فى مطلبين متتاليين ، وسنوضح رأينا فى الموضوع فى مطلب ثالث.

المطلب الأول

القوانين المخالفة للشريعة

أتبع للمحكمة فى القليل من أحكامها القضاء بعدم دستورية تشريعات لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية نذكر منها على سبيل المثال ما يلى :

١ - الحكم الصادر بجلسة ٢٧/٥/١٩٩٢^(١٨٩) بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون الحمامة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وذلك فيما قرره من جواز نزول المحامى أو ورثته عن إجبار مكتبه لمزاولة غير الحمامة من المهن الحرة أو لمباشرة حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة.

وقد نهبت المحكمة إلى أن الفقرة الثانية سالفة الذكر قد جاءت كاستثناء من حكم المادة (٢٠) من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والذي يحق للمالك بمقتضاها الحصول على ٥٠٪ من مقابل تنازل المستأجر عن العين المؤجرة.

وقد لاحظت المحكمة أن الفقرة المفضى بعدم دستوريته تنطوى على مزية استثنائية غايتها إسقاط حقوق المالك المرتبطة بها، وتقديم المنفعة المجلوبة على المضرة المدفوعة بالمخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

٢ - الحكم الصادر بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥^(١٩٠) بعدم دستورية ما تضمنته المادة ٢٩ من القانون

رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلي له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه فى العين المؤجرة مدة سنة على الأقل سابقة على تركه العين أو مدة شغلها لها أيهما أقل.

وقد مدت المحكمة نطاق الطعن إلى الأحكام ذاتها التى تبنيتها المادة ١٨ من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١ ، حيث أجازت تلك المادة إخلاء العين المؤجرة للسكنى، إذا تخلى المستأجر الأصلي عنها للغير مع استثناء الترك تطبيقاً لحكم المادة (٢٩) سالف الذكر.

ومن حيث إن المحكمة قد انتهت فى الحثية السابقة مباشرة على المنطوق إلى سقوط الاستثناء سالف الذكر، لذا كان طبيعياً أن تكتسب المحكمة الحق فى القضاء بعدم الدستورية استناداً للمادة الثانية من الدستور - إضافة لمواد أخرى استندت إليها - بحسبان أن النص المقضى يسقطه والذى مدت المحكمة نطاق الطعن إليه لاحقاً للتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠، واعتبرت المحكمة أن النص المطعون فيه ينحل إلى عنوان على الملكية من خلال نقض بعض عناصرها وهو بذلك لا يندرج تحت تنظيمها، بل يقوم على إهدار كامل الحق فى استعمالها واستغلالها، ملحفاً بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش.

وما سلف يخالف الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تبدل فيها، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفاً فيها عبادة الذين تعهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضراراً، إذ يقول تعالى « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » .

وعلى ولى الأمر (المشرع)، أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يرد الضرر البين الفاحش ، فإذا تزامن ضرران، كان تحمل أھونھما لازماً اتقاء لأعظمھما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد الضرر العام.

وصفوة القول أن المحكمة رأت أن النص محل الطعن والذى أقره ولى الأمر (المشرع) أثرى مستأجر العين وأفقر مالكها ، وانحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية ، مرجحاً عليها مصالح لاتدانيها وهو الأمر المخالف للشريعة .

٣ - ويمثل الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٦/١/٦ (191) مثالا صارخا لحكم تفصيلي فى تناوله لجوانب المسألة الدستورية .

وقد انصب الطعن فى القضية محل ذلك الحكم على نص المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والذى ينص على أنه على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية بون المطلق مدة الحضانة . وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ، ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحظونين ولها.....»

وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم إلى عدم دستورية المادة (١٨) مكررا ثالثا سالف الذكر وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا - إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغارها من مطلقتها وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكنائهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أو غير مؤجر.

ثانيا - تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون إعداده مسكنا مناسباً لصغارها من مطلقتها وحاضنتهم ، واقعا خلال فترة زمنية لايتعداها ، نهايتها عدة مطلقتها.

ولما كان ماقتضت به المحكمة في البند ثانيا يجد ركيزته في مبدأ (المساواة) فإن جل اهتمامنا سوف ينصب على ماقتضت به المحكمة في البند أولا بحسبانه يستند إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء - وهي محل اهتمامنا في هذا المبحث - .

وتقتضي مبادئ الشريعة بأنه لايجوز لولى الأمر أن يشرع حكما يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسرا لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا، بل يتعين أن يكون بصيرا بشئونهم بما يصلحها. وكان حقا قوله عليه السلام (مانهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم) ، والحنفية السمحة هي مدار الدعوة التي قام بتبليغها إلى الناس جميعا، إذ يقول تعالى (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوائهم في مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا- مؤجرا كان أم غير مؤجر إعراضا عما ينبغي أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، مصداقا لقوله تعالى (ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج) (وماجعل الله عليكم في الدين من حرج) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا).

وقد استدركت المحكمة وأكدت بأن القرآن فصل لاهزل ، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقتها مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه ، وهو مايقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها ، بل أمها أو أختها أو خالتها - يعنى أن حاضنتهم هذه وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين ناذبة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها ، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم ، فلا تمنحهم كل اهتمامها ، ولاتوفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم ، وإما أن تقيم مع محضونيتها - من دون أسرتها - ليتصدق ببنائها . ولايعلو ذلك كله أن يكون عيئا .

وخلصت المحكمة مما تقدم إلى وجوب تقيد النص المطعون فيه ، فلا يكون مسكن الزوجية مقرا للمحضونين ، إذا كان لحاضنتهم مسكن يؤويهم تقيم فيه . وليس لازما أن يكون ملوكا لها ، ذلك أن حق الصغار في السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم ، أيا كان شكل العلاقة القانونية التي ترتبط بها في شأن هذه العين ، وبون إخلال بحقها في أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب باعتبارها من مؤنتهم .

وينتقد الدكتور كمال أبو المجد (192) - حقا - ماقدرته المحكمة في البند أولا- محل التحليل - تأسيسا على مايلي :

أ - إن المحكمة لم تكن مضطرة للولوج في هذا الأمر، إذ كان يكفيها أن تقف عند حدود ماقدرته في البند ثانيا، إضافة إلى أن ماقدرته في البند أولا والذي يجد أصله الشرعى فيما روى عن أن رسول الله

« ماخير بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثماً » ، يتعلق بالإفتاء والقضاء ولا يتعلق بالتشريع.

ب - أن مبدأ - اتباع الأيسر - وإن كان يمكن رده في عمومهِ إلى قاعدة - رفع الحرج - إلا أنه حال تطبيقه عملياً تثار صعوبات جمة، خاصة فيما يتعلق بخصوص إلزام المطلق بتوفير مسكن لصغارهِ وحاضنتهم، إذ نحن هنا أمام مصالح متعارضة لأفراد متساويين ، الأب المطلق ، والصغار، والحاضنة ، فما يكون تيسيراً لواحد من الثلاثة قد يكون تعسيراً وإعانة للآخرين .

ج - لما كان المشرع هو صاحب الاختصاص الأصلي بالترجيح والموازنة والتوفيق بين المصالح فإنه لايجوز أن ينقض اجتهاد المشرع عن طريق اجتهاد مضاد من المحكمة، طالما أن الأول لم يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة أو مبدأً من مبادئها.

وأخيراً يشير سيادته ضمنياً إلى عدم تحبيذ خوض المحكمة في تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها على التفصيل الذي أوردته الحكم - إذ من الأفضل تحاشي الخوض في أمور لا تملك المحكمة ناصية القول فيها أو دليل اليقين، ويستحسن التوسط في الرقابة فلا تكون مبالغة- كما حدث بالحكم السالف - أو إجحاماً.

ونحن من جانبنا - ولقناعتنا التامة بوجاهة الحجج السالفة - ندعو دائماً ألا تقضى المحكمة فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية قبل الاستئناس برأى المفتى بشأنها.

وفي إحدى القضايا المتعلقة بالشريعة المسيحية استأنست المحكمة برأى غبطة البابا شنودة الثالث بطريرك الأقباط الأرثوذكس (193) ، لذا فليس غريباً على المحكمة أن تستأنس برأى المفتى، وليس في ذلك إقلالاً من شأنها وإنما رفعة وتعزيراً لحكمها. وفكرة مذكرات الصداقة موجودة لدى المحكمة العليا الأمريكية منذ زمن بعيد.

المطلب الثاني

القوانين غير المخالفة للشريعة

على خلاف الحال بالنسبة للقوانين المخالفة للشريعة، فقد أتبع للمحكمة أن تقضى بدستورية العديد من التشريعات لعدم مخالفتها للشريعة ونذكر منها على سبيل المثال :

١ - الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٣/٧ (194) برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ ، والتي نصت على زيادة المعاش بنسبة ١٠٪ بالنسبة لمن انتهت خدمتهم قبل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ ، والفقرة الثانية من المادة ١٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ بزيادة معاشات من انتهت خدمتهم حتى ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ بنسبة ٢٠٪.

ونذهت المحكمة إلى أن الغاية من القانونين المذكورين هو تعويض أصحابها نتيجة عدم استقاداتهم من قوانين الإصلاح الوظيفي ، الأمر الذي يعكس مصالح مشروعة يعتبر هذا التنظيم مرتبطاً بها ومحققاً لها، دون إخلال بمبدأ المساواة ، ودون مجافاة لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ورغم أن نص المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ سابق على التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ ، الأمر الذي كان يقتضى عدم فحص مدى توافقه مع أحكام الشريعة، إلا أنه نظراً لأن محل

الطعن ينصب أيضا على قانون لاحق للتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠، لذا قاست المحكمة دستورية كلا النصين بمعيار الشريعة الإسلامية، وهذا هو ذات المذهب الذي اتبعته المحكمة بعد ذلك في الحكم الصادر بجلسته ١٩٩٥/٣/١٨ (والذي سبق أن تعرضنا لـ ١٩٥).

٢ - الحكم الصادر بجلسته ١٩٩٢/٣/١٤^(١٩٦) يرفض الدعوى المتطعة بالطعن على نص المادة (٢/٢٢) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والتي تنص على أنه « إذا أقام المستأجر مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات في تاريخ لاحق لاستجاره، يكون بالخيار بين الاحتفاظ بسكنه الذي يستأجره، أو توفير مكان ملائم للمالك أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثالثة بالمبنى الذي أقامه بما لا يجاوز مثلي الأجرة المستحقة له عن الوحدة التي يستأجرها منه»

وذهبت المحكمة إلى أن موازنة نص المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بين مصلحتين مرجحا ما ارتأه منهما أحق بالحماية محققا المصلحة العامة، لامخالفة فيه لأحكام الدستور ومن بينها المادة الثانية التي يتعين بموجبها رد النصوص التشريعية إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لضمان توافقها معها، باعتبار تأكيد النص أن المصرة المدفوعة مقدمة على المنفعة المجلوبة، وأنه في إطار هذا الأصل لا يجوز للمستأجر بعد صيرورته مالكا لعقار تتعد وحداته السكنية أن يظل محتفظا بالعين التي استأجرها متسلطا عليها رغم زوال حاجته إليها مالم يوفر في عقاره بديلا عنها لمن هم في حوج إليها.

٣ - في الحكم الصادر بجلسته ١٩٩٤/٣/٢٦^(١٩٧) يرفض الدعوى أتيح للمحكمة التعبير عن خالص فكرها وموقفها فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية.

وتخلص الوقائع في أن أمّا رفعت دعوى نفقة لابنتها على الأب الذي دفع تلك الدعوى بإنكار نسب تلك الابنة، الأمر الذي اقتضى وقف دعوى النفقة لحين الفصل في دعوى النسب، والتي استغرق الفصل فيها نهائيا - حوالي أربعة عشر عاما - لصالح ثبوت النسب، ولما جدد نظر دعوى النفقة وجد الأب نفسه ملزما بحكم صدر فيها بأن يؤدي النفقة ومنذ ٧ ديسمبر ١٩٧٣ (تاريخ ميلاد الابنة)، وهنا لم يجد الأب مفرا من الطعن أمام محكمة الاستئناف بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثانيا/٤ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

وتنص تلك الفقرة على أنه « ويستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع عن الإنفاق».

ولما وصلت الدعوى إلى المحكمة الدستورية نعى المدعى على تلك الفقرة مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما تفره من قواعد قانونية، بحسبان أن الفقه الحنفي يرى أن نفقة الأولاد لا تستحق عن مدة ماضية وإنما من تاريخ الحكم. وقد رفضت المحكمة الدعوى تأسيسا على مايلي :

- إن المسألة بداية ليس فيها نص قطعي يقرر حكما فاصلا في شأن جواز اقتضاء الولد لنفقة عن المدة الماضية غير القصيرة ومن ثم يكون الاجتهاد في هذا النطاق مفتوحا.

وقول الحنفية بأن التراخي عن اقتضاء نفقة الولد عن مدة ماضية هو نزول ضمنى عنها، هو إحداث من جانبهم لقرينة قانونية قاطعة لا يجوز هدمها ولو قام الدليل على تقيضها وهو افتراض

لايستقيم في كل الأحوال، ولايعكس الصور الأكثر وقوعاً في الحياة العملية. وربما كان قول الحنفية ومن شابعهم ملائماً بمقاييس زمانهم حينما كان الوازع الديني قوياً، وكان أمراً ميسراً كذلك اللجوء إلى قاض يوفّر حلاً ناجحاً بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه، وهو الأمر المتخلف حالياً مما يتعين معه تغيير الحكم الشرعي بتغيير الزمان.

وهكذا خلصت المحكمة إلى صحة اجتهاد المشرع وتوافقه مع أحكام الشريعة.

٤ - وفي الحكم الصادر بجللسة ١٩٩٤/٨/١٤⁽¹⁹⁸⁾ يرفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والتي تنص على أنه « على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون يعلم الوصول، ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه، إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً، ويسقط حق الزوجة في طلب التلطيق لهذا السبب ، بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى» ذهبت المحكمة بداءة إلى أنه لامصلحة للزوج في الطعن على القيد الإجرائي بحسبانه مقرراً لصالح الزوجة فقط .

ومن ناحية أخرى ذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه قد دل بعبارته على أمرين يتفian معاً حالة مصادراته للتعدد أو تقييد الحق فيه، أولهما: إن حق الزوجة التي تعارض الزواج الجديد في التفريق بينها وبين زوجها، لايقوم على مجرد كراهيتها له أو نفورها منه لتزوجه عليها، وليس لها كذلك أن تطلب فسخ علاقتها بزوجها بادعاء أن اقترانه بغيرها يعتبر في ذاته إضراراً بها، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهاياً عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من زوجها، على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً، واقعاً لا متصوراً، ثابتاً وليس مفترضاً ، مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتباً عليها. فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها، فإن حقها في التفريق بينها وبين زوجها يرتد إلى القاعدة العامة في التلطيق للضرر المنصوص عليها في المادة ٦ من المرسوم بقانون المطعون عليه.

ثانيهما : إن القاضى لايجب إلى طلب التفريق إلا إذا عجز عن الإصلاح وهو الأمر الذي يؤكد أن الضرر المقصود ليس ناشئاً عن الجمع في ذاته، إذ الضرر الناشئ عن الجمع – وفق ما أمنت به المحكمة وهو الذي يعود إلى المشاعر النفسية التي تعمل في صدر المرأة تجاه ضررتها، والذي يرجع لتلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولايخلص هو لإحداهن، وهي بعد غيرة لايمكن تنقية النفوس البشرية منها- لم يقصد النص المطعون فيه إلإزالته، وترتيباً على ماورد لدى المحكمة من قناعة بأن النص المطعون فيه لايعارض التعدد ولاينظر إليه باعتباره ذريعة إلى حرام، ولايتوخى كذلك بلوغ غاية بذاتها يكتنفها الإثم أو يتصل بها، انتهت المحكمة إلى رفض الدعوى .

ولم يفت المحكمة أن تؤكد في حيثيتها السابقة مباشرة على المنطوق، بأن المعنى المعين الذي تتبناه المحكمة لمضمون نص تشريعي بما يؤدي إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، يكون هو الدعامة التي يقوم عليها الحكم لتمتد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التي أسبغها

قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية باعتبارهما متضاممين وكلا غير منقسم. ولا يجوز بعدئذ أية جهة - ولو كانت قضائية - أن تعطي هذا النص معنى مغايرا يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها، محدد إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا.

وهذا يعنى - مثلا- أنه لايجوز للقاضى الذى ينظر الموضوع أن يعتبر أن الزواج بأخرى فى ذاته يرتب ضررا للزوجة الأولى بفضى إلى الطلاق، كما أنه لايجوز له وهو يمارس اختصاصه بالإصلاح والتوفيق بموجب نص المادة المطعون عليها أن يدعو الزوج إلى مفارقة زوجته الجديدة، وإنما على القاضى أن يتحقق من أن هناك أضرارا ترتبت على الزواج الثانى كان ذلك الزواج مناسبتها مثل عدم المعاشرة الجنسية للزوجة الأولى أو الاعتداء المادى عليها أو نفوره من مستواها الاجتماعى ومعايرتها به إلخ.

٥ - ولعل أكثر حكم فى مجال الشريعة الإسلامية أحدث صدًى وبوى كبير هو حكم النقاب الصادر بجلسة ١٨/٥/١٩٩٦ (198).

وتلخص وقائع هذا الحكم فى أن فتاتين منقبتين منعتهما إدارة المدرسة من دخولها استنادا لصور قرار من وزير التعليم بمنع دخول الطالبة المنقبة للمدرسة، فرغ أبوهما دعوى أمام محكمة القضاء الإدارى، التى أحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية قرار وزير التعليم رقم ١١٢ لسنة ١٩٩٤ والمفسر بالقرار رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ والذى منع دخول الفتاة إلى المدرسة منقبة وإن أجاز دخولها محجبة.

وقد وجدت المحكمة أن تحريم أمر أو شأن من الشئون لايتعلق بما هو محتمل، بل بما يكون معلوما بنص قطعى، وإلا ظل محمولا على أصل الحل، وكان لادليل من النصوص القرآنية ولأمن السنة الحميدة على أن لباس المرأة يتعين أن يكون احتجابا كاملا، متخذاً نقابا محيطا بها منسلا عليها لا يظهر منها إلا عينيها ومحجرها، ومن ثم فإن إلزامها إخفاء وجهها وكفيها وقدميها - عند البعض - لا يكون تأويلا مقبولا ولا معلوما من الدين بالضرورة.

وهكذا انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه لا يناقض نص المادة الثانية من الدستور ذلك أن لولى الأمر فى المسائل الخلافية حق الاجتهاد بما ييسر على الناس شئونهم وبما لا يعطل المقاصد الكلية لشريعته.

وأضافت المحكمة أن الاجتهاد السالف من المشرع لايتوخى غير تنظيم رداء الفتاة - فى دائرة المعاهد التعليمية عبر المراحل الدراسية التى حددها - بما لا ينتقص من حياتها أو يمس عفافها أو يشى بعورتها، ومن ثم فإن هذا القرار يدخل فى دائرة المباح، ولا يعد افتئاتا على حرية العقيدة، ومن ثم خلصت المحكمة لرفض الدعوى.

ويلاحظ أن الحكم السالف ربما يكون هو الوحيد الذى يتعلق بالطعن على دستورية قرار لانحى وليس قانون لمخالفته للمادة الثانية من الدستور .

ولاشك فى أن هذا الحكم قد أزال غيوما نسبت إلى الإسلام واهتم به الكثير من الفقه الأجنبى (199). ورغم اتفاق المستشار - سعيد العشماوى (200) مع الحكم السالف فى النتيجة إلا أنه رأى أن هناك تزيدا فى بعض فقرات الحكم تمثل إسرافا مما يؤدى إلى نتائج فكرية واجتماعية وسياسية

سيكون لها مردود خطير في المستقبل . ويقوم رأى سيادته على الأفكار الآتية :

١ - إن الحكم لايجز الاجتهاد فى الأحكام الشرعية القطعية وهو ترديد للمقولة الدارجة بأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، وهذه المقولة تخالف الواقع الإسلامى ويعارضها الكثير من المفكرين.

ونرى أن سيادته لم يوفق فى هذا النقد بحسبان أنه لو أجز الاجتهاد فيما هو قطعى الثبوت والدلالة لانهارت الشريعة الإسلامية ، فكيف يمكن إنكار الصلاة وتوقيتاتها والصوم والزكاة إلخ.

٢ - إن الحكم استعمل تعبير إنكار ما هو معلوم بالضرورة، دون تعريف جامع مانع له مع أن هذا التعبير فقهى وليس شرعى، ولم يرد فى القرآن أو السنة وإنما ابتدعه الفقه المتأخر ليوقع به الحكام حد الردة على من لم يرتد وفقا للقواعد الشرعية، وبهذا التعبير الغامض يمكن معاقبة أى مسلم بالقتل لأى عمل يرى فيه القاتل أو من يحرضه إنكارا لما هو معلوم من الدين بالضرورة.

ونرى أن أى قارئ للحكم سوف يدرك أن ما هو معلوم من الدين بالضرورة هو الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم فإن المحكمة لم تفتح حقيقة بابا للتطرف والإرهاب ، كما أن هذا الأمر الأخير موضوع آخر لعلاقة له بالحكم ولايجوز التقرير بالردة إلا بمعرفة الدولة ويحكم قضائى.

٣ - جاء فى أسباب الحكم أنه ليس للمرأة أن تطلق إرادتها فى اختيارها لزيها وبمراعاة أن هيئة ثيابها ورسمها لاتضبطها نصوص مقطوع بها سواء فى ثبوتها أو دلالتها، لتكون من المسائل الاختلافية التى لاينغلظ الاجتهاد فيها، بل يظل مفتوحا فى إطار عام حدته النصوص القرآنية ذاتها، ليخرج لباس المرأة بذلك عن أن يكون من الأمور التعبدية التى لاتبدل فيها، بل يكون لولى الأمر السلطة الكاملة التى يشرع بها الأحكام العملية فى نطاقها، فى إطار من ضابط عام وهو تحقيق الستر بمفهومه الشرعى ليكون لباس المرأة تعبيرا عن عقيدتها.

ويرى سيادته أن الحكم فى الفقرة المذكورة انطوى على بعض الاضطراب والتناقض، إذ بينما يقرر أن ثياب المرأة ورسمها لايضبطها نصوص مقطوع بها سواء فى ثبوتها أو دلالتها يعود فيقول إن ضابطها هو التستر بمفهومه الشرعى ليكون لباس المرأة تعبيرا عن عقيدتها، فكيف يكون ماعير عن العقيدة ليس من العقيدة ؟.

ويمكن الرد على ذلك أن مقصد الحكم الواضح من ثياب المرأة ورسمها التى لاتضبطها نصوص مقطوع بها هو شكل هذه الثياب وتكوينها أما الضابط العام لسلطة المشرع الذى هو التستر بالمفهوم الشرعى فهو ماعيرت عنه المحكمة بقوله تعالى « وليضربن بخمرهن على جيوبهن»، «ولايبدن زينتهن إلا ماظهرمنها»، « يدنين عليهن من جلابيبهن»، «ولايضربن بأرجلهن ليعلم مايعفين من زينتهن».

ومع مراعاة هذا الضابط العام المذكور يسترد المشرع سلطته التقديرية فى الاجتهاد والتنظيم دون أن يصل الأمر إلى فرض النقاب بحسبانه غير مفروض أصلا، ولأن فى فرضه مجاوزة لحدود العقيدة.

٦ - وبالحكم الصادر بجلسة ١٦/١١/١٩٩٦⁽²⁰¹⁾ أتيح للمحكمة أن توضح موقفها من الربا إذ طعن على نص المادة (١٧٢) من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ولاحظت المحكمة أن النص الطعين يفرض مقابل تأخير على التأخير فى توريد الضريبة الواجبة الأداء، الأمر الذى لم تعتبره المحكمة من قبيل ربا الديون المحرم شرعا. وذهبت المحكمة إلى أن ذلك

الربا في صورته المتفق عليه يفترض اتفاق طرفيه على زيادة في الأجل يمنحها الدائن للمدين لتقابلها وتعويض عنها زيادة في أصل الدين يقبلها المدين ، فلا يكون للدائنين رعب أموالهم بل يظلمون - انتهازا أو استغلالا - بقدر مازاد فيها مقابل تأجيل الدين أيا كان سببه، ولا كذلك الجزاء المقرر بالنص المطعون فيه إذ يتمثل في تعويض مقدر وفق الأسس التي بينها، بقصد حمل الملتزمين بدین الضريبة على الوفاء بها في الأجل المحددة قانونا، ضمانا لحصول الدولة على الموارد اللازمة لمواجهة نفقاتها، وعليه انتهت المحكمة لرفض الدعوى.

وهكذا يمكن أن نقول إن إيقاع الجزاء طالما لا يرتبط بمهلة جديدة تمنحها الدولة لمدينها بالضريبة، وإنما يتوخى ردع المدين إذا ما طل في الأداء فلا ربا، ويؤيد ذلك أن مصدر الجزاء المباشر هو القانون في نطاق علائق القانون العام.

المطلب الثالث

رأينا في الموضوع

تلاحظ لنا بعد التعمق في قراءة أحكام المحكمة المتعلقة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، قدرة فائقة وغير منكورة من أعضائها على فهم وتبسيط وعرض أحكامها واستخراج كنهها، وقد تبين لنا أن قليلا من الأحكام هي تلك التي انتهت فيها المحكمة إلى عدم دستورية النص تطبيقا لأحكام الشريعة بخلاف الحالة العكسية .

ونحب أن نوضح الأمور التالية فيما يتعلق بتطبيق الشريعة:

١ - عندما يتعلق الطعن بقانونين أحدهما سابق والآخر لاحق للتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ أو عندما يكون هناك ارتباط بين نص سابق على التعديل وآخر لاحق مما يقتضي القضاء بسقوط اللاحق لعدم دستورية السابق، فإنه من الطبيعي - وحسبما رأينا - أن يكون من حق المحكمة أن تفحص النص السابق إضافة إلى النص اللاحق من حيث مدى توافقه مع أحكام الشريعة، وهذا أمر طبيعي إذ لا يعقل والنصان مرتبطان بمصلحة المدعي أن ترفض المحكمة قياس النص السابق وفق أحكام الشريعة ، ثم تذهب في ذات الحكم لقياس النص اللاحق وفق تلك الأحكام ، إذ لو فعلت المحكمة ذلك لوصم حكمها بالتناقض.

وقد ضربنا فيما سلف مثالين لهذا الأمر (202).

٢ - يحدث أن القانون محل الطعن يسبق التعديل الدستوري ومن ثم لامجال لفحصه من حيث مدى اتفاهه أو اختلافه مع الشريعة الإسلامية ، إلا أن المحكمة أحيانا تشير إلى مخالفته للشريعة الإسلامية في معرض أسبابها، ومن ضمن العديد من الأسباب الأخرى المؤدية للقضاء بعدم دستوريته ، وتغفل بالطبع عامدة الإشارة في نهاية الأسباب إلى مخالفة النص للمادة الثانية من الدستور .

ويحضرنا هنا مثالان لتوضيح الأمر أحدهما صريح والآخر ضمني :

(١) الحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٩٢ (203) بعدم دستورية البند (أ) من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نص عليه من حد أقصى لما يرد من الأموال «ثلاثين ألف جنيه» بغية تنويع الفوارق بين الطبقات ، حيث

ذهبت المحكمة إلى أن ذلك النص مؤداه تقليص الدور الاجتماعي للملكية والنيل من الحوافز الفردية وإهدار القيم الرفيعة التي يطو بها قدر العمل وإعادة توزيع ناتجه، بما يحد من قدرة المواطن على الإبداع والابتكار وتحقيق نوع من المعاملة الخافضة المناقبة للتقدم ويجعل التضامن الاجتماعي لغوا، وفوق هذا أكدت المحكمة على أن النص يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية .

(٢) الحكم الصادر بجلسته ١٨/٣/١٩٩٥⁽²⁰⁴⁾ بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة يكون متزوجاً بأجنبية.

فرغم أن المحكمة قد أسست قضائها المذكور على المواد ٩، ١٢، ١٣، ٤٠، ٤١، ٤٥ من الدستور، فإنها لم يفتها الإشارة إلى موقف الشريعة الإسلامية عندما أكدت على أن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية، تؤكد الحق في الحياة الخاصة بنهيها عن التخصص على الناس وتعقيهم في عوراتهم بقوله تعالى «ولا تجسسوا»، وهي كذلك تحض على الزواج لمعان اجتماعية ونفسية ودينية باعتباره عقدا يفيد حل العشرة - على وجه التابيد - بين الرجل والمرأة ويكمل تعاونهما . والنصوص القرآنية تدعو إليه وتصرح به، إذ هو مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها.

والمتعمق في حكم المحكمة يشعر أنها تشير ضمنا إلى مخالفة الحظر لأحكام الشريعة الإسلامية إذ إنها لاتحظر الزواج بأجنبية.

ونرى أن هذا الاتجاه محمود من المحكمة إذا طالما أنها ستتجه أصلا الى القضاء بعدم دستورية القانون لأسباب أخرى غير مبادئ الشريعة الإسلامية فلا بأس أن توضح موقف الشريعة الإسلامية كنوع من التعليم والتدريب لكل من يتطلع ويقرأ حكم المحكمة، خاصة المشرع والذي لوحظ مؤخرا حرصه في إصدار التشريعات على ضوء مايجرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن تحديد أبعاد ومضمون أحكام الدستور إنما يتقرر في حدود مايصدر عن هذه المحكمة من قواعد ومبادئ ، بحيث يكون الفهم المعتمد للدستور هو ذلك الفهم الذي ترسيه المحكمة الدستورية العليا⁽²⁰⁵⁾.

٣ - استقرت المحكمة على أن الأحكام الشرعية صنفان (206) :

أولها : تلك القطعية الثبوت والدلالة ، وهذه وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لاتحتمل تأويلا أو تبديلا . ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها .

وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليها على كل قاعدة قانونية تعارضها.

ويكون قيام المشرع بإقرار أية قاعدة قانونية على خلافها تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة.

وهكذا يمكن القول إن اختصاص المشرع حين إذ اختصاص مقيد تحت رقابة المحكمة وأن أي قانون أو لائحة يمس بتلك الأحكام يعد - في تقديرنا- مشبوها في دستوريته من واجهته بحيث تنقلب

قرينة الدستورية الثابتة لصالح القوانين إلى قرينة عكسية ضد صحتها ، وعلى المشرع أو مصدر اللائحة أن يدافع عن دستوريته.

وإذا كانت فكرة القوانين المشبوهة غير معروفة في مصر بخلاف أمريكا فقد أن أو أن إقرارها صراحة على الحالة السالفة . ومن أمثلة تلك القوانين إصدار قانون يخل بأحكام الموارث الثابتة بالقرآن أو يعترف بحقوق اجتماعية لأسر الجنس الواحد.

ولم نعثر على حكم حتى الآن أثبت مخالفة لأحكام قطعية الثبوت والدلالة ربما لأن الوازع الديني يمنع المشرع من السقوط في هذه الهاوية.

ثانيها : الأحكام الشرعية الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو هما معا ، وهي تلك التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد ولا تمتد لسواها ، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ، ولواجهة النوازل على اختلافها ، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا ، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة ، على أن يكون الاجتهاد يوما واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحررا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية ، والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة ، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال⁽²⁰⁷⁾.

وهكذا يمكن القول أن للمشرع أو مصدر اللائحة اختصاص تقديري في إطار الضوابط السالفة.

والسلطة التقديرية ليست سلطة مطلقة وليست بعيدة عن رقابة المحكمة ، ولكن يطلب حين إذ من المحكمة أن تتمسك بالتقييد الذاتي لنفسها قدر الإمكان حال مخالفة اجتهادها لاجتهاد المشرع أو السلطة اللائحية ، فلا تسعى المحكمة إلى وضع اختياراتها هي محل اختيارات مصدر القانون أو اللائحة إلا في أضيق الحدود ، وكلما تعذر ضبط اجتهاد الأخير وفق المقاصد الكلية للشريعة.

هذا وتعتبر الأحكام التي صدرت من المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية لمخالفة الشريعة الإسلامية كلها تتعلق بهذا النوع الثاني من الأحكام.

وعلى الإجمال فإن الاستئناس برأى المفتي سيكون أعم للفائدة في كلتا الحالتين وهو مانعو المحكمة إليه.

هوامش الباب الثالث

- (1) ونص العبارة حرفيا
I have always believed that the First Amendment is the keystone of our Government, that the freedoms it guarantees provide the best insurance against destruction of all freedom.
Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 580 (1951).
- (2) راجع القضية في
485 U.S. 439 (1988).
- (3) ورد بالرأى المحتج حرفيا العبارة التالية:
The majority did not address this conflict in any meaningful fashion
Lyng, 485 U.S. at 460-61 (Brennan J., dissenting)
- (4) راجع في مفهوم الرأى المحتج من هذه الرسالة .
(5) راجع في التفاصيل مقالة :
Alfred J. Sclarrino , The Rehnquist Court's Free Exercise Collision on the Peyote Road, 23 Cumberland Law Review , 1993, p.319. s.
- (6) قارن تحليل أحكام المحكمة الدستورية العليا المتعلقة بالشريعة الإسلامية ، ص ٢٢١ وما بعدها من هذه الرسالة.
(7) راجع القضية في :
494 U.S. at 872 (1990).
- (8) ورد بالحكم حرفيا:
We have never held that an individual's religious beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that the State is free to regulate.
راجع في ذلك قضية Smith
- (9) راجع في التفاصيل:
494 U.S. at 878 - 879.
- Alfred J. Sclarrino, Cumberland L.R., Op. cit, p. 346-348.
- (10) يلاحظ أنه لايتصور في مصر أن تكون هناك حرية ممارسة لديانة ليست من الديانات الثلاث وتشكل الشريعة الإسلامية ضابطا متميزا لضبط إيقاع مثل هذه الأمور. راجع في الشريعة الإسلامية ص ٢٢١ وما بعدها من هذه الرسالة .
- (11) راجع في التفاصيل مقالة :
Linda R. Crane, Family Values and the Supreme Court, 25 Connecticut L.R., 1993, p. 427. s.
- (12) هناك فارق جوهري بين اختصاصات حكومة الولايات واختصاصات الحكومة المركزية إذ إن الأخيرة لا تملك من السلطات إلا ما ورد به النص صراحة في الدستور أو كأن نتيجة ضرورية للسلطات المصرح بها. في حين تملك حكومة الولايات اختصاصا تنظيميا عاما أساسه السلطة البوليسية التي هي سلطة الحد من الحرية والملكية بقصد حماية الأمن والصحة والأخلاق وتحقيق الرفاهية العامة.
راجع رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ وما نكرناه بهذه الرسالة حول الفيدرالية.
- (13) راجع القضية في
441 U.S. 380 (1978).
- (14) ينص التعديل الرابع عشر للدستور على أنه :
لا يحق لأي ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الكامل، ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية أمام القانون.
(15) راجع القضية في :
441 U.S. 347 (1979) .
- (16) راجع شرح الآراء الموافقة ص ٤٨٧-٤٨٨ من هذه الرسالة .
(17) راجع القضية في :
491 U.S. 110 (1989).
- (18) مقارب لأحكام الشريعة الإسلامية للفراء التي تقرر أن الولد للفراش.
(19) الوسائل القانونية السليمة هو تعبير عن ضرورة تحقق مستوى معين من النزاهة والعدالة في كافة الإجراءات المؤدية إلى تطبيق القانون وذلك في المسائل الجنائية والمدنية والإدارية على حد سواء وفي هذا المجال لا يكون شرط الوسائل القانونية السليمة مانعا من تعرض السلطات العامة لأحياء الأفراد وحررياتهم وممتلكاتهم ، وإنما يكون مبنيا على « الوسيلة » التي يتم بها هذا التعرض في حدوده الموضوعية.
راجع في ذلك رسالة د / كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٩٩٧، ٩٩٢.
- (20) تقول المحكمة عن المصلحة وأجبة الحماية وفق التعديل (١٤)
...it must be one traditionally protected by our society.
- يورد في وصف المصلحة للدعاة بأنها ليست

... so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.

ويلاحظ أن هذه العبارة مقبولة حقيقياً من حكم قديم للمحكمة العليا في قضية Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97, 105 (1934).

(21) راجع مقالة :

Linda R. Crane, Family Values and the Supreme Court, Op. cit., p. 449 - 450.

(22) راجع حق الملكية في مصر من ١٩٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(23) راجع ترجمة باللغة العربية للدستور الأمريكي بنهاية كتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار / ياقوت العشماوي، دار المعارف ، ١٩٨٨ ، ص ٤٩٥ وما بعدها .

(24) راجع تلك القضية في 112 S. Ct. 1105 (1992) .

(25) تنص تلك الفقرة من الدستور على أنه « لا يحق ولاية أن تصبح طرفاً في أية معاهدة أو تحالف أو تصدير أي أو أي قانون يميل أو يفضي التزامات التعاقب... » .

(26) راجع :

Yee v. City of Escondido, 112 S. Ct. 1522 (1992).

Nordlinger v. Ilnah, 112 S. Ct. 2326 (1992)

(27) راجع

(28) راجع

112 S. Ct. , 2886 (1992).

(29) راجع في التفاصيل :

Erwin Chemerinsky, is the Rehnquist Court Really that Conservative?, 26 Creighton L.R., 1993, p. 990 .s.

(30) كانت محكمة رينكوست في بداية عهدهما قد أكدت هذا الاتجاه في قضيتين شهيرتين خاصيتين بالاستيلاء وفي الأولى انضم رينكوست إلى رأي الأغلبية الذي كتبه سكاليا وفي الثانية كتب الحكم بنفسه، وهذا يثبت أن المحكمة مع حق الملكية ولكن تنتظر القضية المناسبة. وتلخص وقائع القضية الثانية في أن الكنيسة التابعة لمارتين لوتر تمتلك منطقة للتنزه والطب بجوار جنودل سفير وحدد حريق بالغابة الوطنية التي تملكها الحكومة بجوار المنطقة . ثم في موسم الأمطار التالي حدث فيضان أدى لتهدم المبانى المملوكة للكنيسة وحينئذ أصدرت الولاية قانوناً يمنع إنشاء أي مبنى بجوار الجنودل لأنه سيعرض لأخطار الفيضان ، ومن ثم لم تستطع الكنيسة بناء ماتهم من مبانيها وغدت عديمة النفع. ولما لجأت الكنيسة للقضاء قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بعدم أحقيتها في التعويض وهو الأمر الذي نقضته المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حيث قضت بضرورة التعويض عن ذلك طوال فترة الحرمان منه.

الراجع القضية الأولى : Nollan v. California Coastal Commission, , 483 U.S. 825 (1987).

وراجع القضية الثانية التي عرضنا لوقائعها :

First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles County , 482 U.S. 304 (1987).

وقد تناولهما كتاب :

An Essential Safeguard, Op. cit., p. 150- 156.

(31) راجع في عرض قيم للقضية براون ، رسالة د . أبو الجدد ، المرجع السابق ، ص ٤١١ وما بعدها .

(32) راجع القضية في : 488 U.S. 469, 477 (1989) .

Fullilove v. Klutznick , 448 U.S. 448 (1980).

(33) راجع : (34) تنص الفقرة الخامسة من التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي على أنه : « تكون للكونجرس ، بواسطة التشريع المناسب سلطة تنفيذصوص هذه المادة . » .

(35) وقد ورد بالحكم كما كتبه القاضي ساندرز حرفياً مايلي :

City of Richmond ignored the fact that Congress, unlike any State or political subdivision, has a specific constitutional mandate to enforce the dictates of the Fourteenth Amendment . The power to "enforce" may at times also include the power to define situations which Congress determines threaten principles of equality and to adopt prophylactic rules to deal with those situations.

488 U.S. 469,477 (1989).

الراجع

111 S. Ct. 630,633 (1991) .

(36) راجع القضية في

Donald E. Lively, The Constitution and Race, Proeger, 1992, p.127.

وفي

(37) راجع في شرح أكثر عن ال " Certiorari " ، ص ١١٧ من هذه الرسالة .

(38) راجع في التفاصيل مقالة:

Johnathan P. Nelson, The Emergence of Decontextualization, 29 Willamette L.R., 1993, p. 684-685.

(39) ويقول القاضي مارشال حرفياً:

..in order to get beyond racism, we must first take account of race.

الراجع في ذلك مقالة

Johnathan P. Nelson, Op. cit., p. 685.

(40) ينص التعديل الرابع على أنه من يعتدى على حق الشعب في أن يكون آمناً في أشخاصه ودياره وأوراقه ومقتنياته، ضد

أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة وأن يصدر أمر باعتقال أي شخص مالم يكن هناك سبب مرجح ، يؤيده قسم أو يؤكده ، على شرط أن يوضح على الأخص المكان الذي سيجرى تفتيشه والأشخاص أو الأشياء التي ستفحص.

- وينص التعديل الخامس على أنه « لن يجبر أي شخص على الإجابة فيما يتعلق بجريمة كبيرة أو شائنة إلا بناء على تقديم شكوى أو عريضة اتهام من هيئة المطلقين الاتهامية كما أنه لن يكون أي شخص عرضة للاتهام بسبب الإساءة نفسها. مرتين ، فتعرض حياته أو أعضاء جسده للخطر، ولن يجبر في قضية جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه، وأن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون... »

- وينص التعديل السادس على أنه « في جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المتهم بحقه في محاكمة سريعة علنية بواسطة محلفين غير متحيزين ينتمون إلى الولاية والناحية التي تكون الجريمة قد ارتكبت فيها، وتكون هذه الناحية قد سبق تحديدها وتعيينها بواسطة القانون. كما أنه يجب أن يبلغ بطبيعة وسبب الاتهام ، وله أن يواجه الشهود ضده وأن يحصل على التسهيلات القانونية الإلزامية لاستدعاء شهوده يؤيدونه، وأن يستعين بمحامين للدفاع عنه.

- وينص التعديل الثامن على أنه « لا يطلب دفع كفالات مبالغ فيها ولا تفرض غرامات زائدة عن الحد، ولا توقع عقوبات قاسية وغير مألوفة.

- وينص التعديل (١٤) على أنه «... لايجب لأي ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل،

- راجع في ذلك ترجمة الدستور الأمريكي ، للمستشار ياقوت العشماوي، المرجع السابق.

(41) راجع رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ومابعدهما ، وقارن ذلك بالحقائق الجنائية في مصر ص ٢٠٨ ومايهدا من هذه الرسالة .

(42) راجع في التفاصيل مقالة: Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones. The Rehnquist Court's Activism and the Risk of Injustice, 26 Connecticut Law Review, p. 62-63.

(43) راجع :

Teague v. Lane , 489 U.S. 288 (1989).

Penry v. Lynaugh , 492 U.S. 302 (1989).

(44) راجع تلك القضية في :

494 U.S. 407 (1990).

(45) راجع :

Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675 (1988).

(46) " IQ " هو اختصار كلمة " Intelligence Questionnaire " وهو عبارة عن تحليل لقدرات الطفل يسؤله (أسئلة معينة توضح درجة نموه العقلي (الباحث).

(47) راجع في التفاصيل صحيفة الواشنطن بوست الأسبوعية . العدد الصادر بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٠ ، الصفحة ١١.

(47) راجع القضية في :

111 S.Ct. 1454 , 1459 (1991).

(48) راجع مقالة

Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones, Op.cit., p 69 -71.

(49) راجع في مبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة د. أبو المجد. المرجع السابق، ص ١٩٩ ومابعدا ، وراجع تطبيق المبدأ في مصر في الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١٠ ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/٨/٣ مشار إليها بهذه الرسالة ص ٢١٤ - ٢١٥ .

(50) راجع :

Archibald Cox, The Court and the Constitution, Boston, Houghton Mafflin Company, 1987, p. 42-43.

(51) راجع :

Louis Fisher, American Constitutional Law, New York: McGraw-Hill, 1990, p. 217.

(52) راجع

United States v. Nixon, Op. cit.

(53) راجع في التفاصيل :

Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers / Chicago, 1992, p. 9. s.

(54) راجع القضية في

478 U.S. 714 , 1986.

(55) راجع القضية في

108 S.Ct. 2597 (1988).

(56) تنص المادة ٢/٢ من الدستور على أنه سيكون للرئيس بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين السفراء ، وغيرهم من الوزراء المعمرمين والقناصل، وقضاة المحكمة العليا وجميع موظفي الولايات المتحدة الآخرين الذين لم يرد هنا نص خاص بمناصبهم، والتي سيتم إنشائها بواسطة القانون، غير أن الكونجرس يمكنه أن يخلو سلطة التعيين في أمثال الوظائف الأقل من هذه أو حسبما يراه مناسباً للرئيس وحده أو لحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات.

(57) راجع القضية في

Christopher E. Smith, *Politics in Constitutional Law*, Op. cit., p. 28. s.

(58) راجع ماسبق ذكره عن الفيدرالية بالباب الأول من هذه الرسالة ص ٢١ - ٢٤ ،
(59) راجع د/ عادل عبد الرحمن خليل، الحكم الملعي في الولايات المتحدة الأمريكية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ ، ص ١٤-٩.

(60) ومثال ذلك ما قضت به المحكمة سنة ١٩٤١ في قضية *United States v. Darby* ، حيث أكدت على حق الكونجرس في التدخل ويعتمد وجود مجال لتطبيق التعديل للعاشر، راجع القضية في 312 U.S. 100,124 (1941).

(61) قرر السيد المذكور حرفيا بأن :

"The interests of the states are represented in Congress und thus adequately protected by the political process, making judicial safeguards unnecessary".

راجع في ذلك مقالة :

Erwin Chemerinsky, *Is The Rehnquist Court Really That Conservative?*, 26 *Crighton Law Review*, p 989.

(62) يؤمن رنكوست بأنه

"... no matter how much commerce Congress may regulate, its commerce regulations are unconstitutional if they violate the freedom of the state embodied in the Tenth Amendment".

راجع في ذلك كتاب : *An Essential Safeguard* ، مقالة مارتن شابيرو، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(63) راجع سلطة الكونجرس الدستورية في تنظيم التجارة بين الولايات ، رسالة د/ أبو المجد ، للمرجع السابق ، ص ٤٢٢ ومابعدها.

(64) راجع : *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976) .

(65) راجع :

Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985).

New York

v. United States, 112 S. Ct 2408, 2428 (1992).

(66) راجع :

(67) راجع الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق ، دستورية ، جلسة ١٩/٥/١٩٩٠ ، الجزء الرابع ، ص ٢٨٢ - ٢٨٣ .

(68) راجع في شرح لفهم حق الانتخاب والترشيح د/ على الباب ، الحقوق والحريات والواجبات العامة - رؤية جديدة ، *ترؤيض دار الجامعات المصرية* بدون تاريخ نشر، ص ١٣١-١٣٦.

(69) راجع الأحكام الأربعة الأولى حيث نشرت جميعها بالجزء الرابع على النحو التالي :

- القضية الأولى رقم ١٢١ لسنة ٦ ق دستورية جلسة ١٦/٥/١٩٨٧ ص ٣١ وللخاصة بمجلس الشعب

- القضية الثانية رقم ١٤ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٥/٤/١٩٨٩ ص ١٩١ وللخاصة بالمجالس المحلية

- القضية الثالثة رقم ٢٢ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٥/٤/١٩٨٩ ص ٢١٥ وللخاصة بمجلس الشورى

- القضية الرابعة رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩/٥/١٩٩٠ ص ٢٥٦ وللخاصة بمجلس الشعب.

(70) راجع الحكم الخامس الصادر في القضية رقم ٨٨٢١ لسنة ٤٦ ق ، جلسة ٢/٢/١٩٩٦.

(71) راجع د/ عادل عبد الرحمن خليل، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، دراسة تحليلية مقارنة ، ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية، ص ٧٣٠.

(72) راجع مقدمة كتاب الأستاذ كمال خالد. الصراع مع توريث القوانين ثلاث سنوات دفاعا عن الدستور. دار النصر للطباعة الإسلامية ، ص ٥ ومابعدها ، والحديث مع الأستاذ /كمال خالد بمجلة أكتوبر، بتاريخ ٢٧/٥/١٩٩٠.

(73) راجع الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٦/٥/١٩٨٧، الجزء الرابع ، ص ٢١.

(74) راجع د/ يحيى الجمل ، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤ ، ص ١٢٢.

(75) مثال ذلك نص المادة (٢٤) من الدستور والذي يقرر أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون إلا أنه استدرك وأضاف عبارة (ويحكم قضائي).

(76) راجع الأعمال التحضيرية للدستور ، اللجنة الفرعية، المقومات الأساسية للمجتمع، محضر الاجتماع الأول في ١٩٧١/٦/١.

(77) تنص المادة (٦٢) من الدستور على انه «للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقا لأحكام القانون، ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني».

(78) راجع الأستاذ/ كمال خالد. ثلاث سنوات دفاعا عن الدستور، المرجع السابق، ص ١٦٤ - ١٦٨.

(79) راجع تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ١٠٦ لسنة ٦ ق الذي أعده المستشار الدكتور أحمد الحفني ص ٧٠ حيث تضمن التقرير عرضا لبدء المساواة عبر التاريخ، ومحاولة لوضع معيار للشروط الموضوعية التي تكون أساسا معقولا

للتمييز بالاستعانة بكرة تخصيص الأهداف والتفرقة بين السلطة للقبية والسلطة التقديرية و السلطة للزوجة الوصف، كما تضمن التقرير تحليلا كاملا لأحكام القضاء الدستوري في شأن المساواة.

(80) راجع الأعمال التحضيرية للدستور ، اللجنة الفرعية للمقومات الأساسية للمجتمع، لجنة الحريات العامة، محضر

الاجتماع الثاني المنعقد في ١٩٧٩/٦/٨.

(81) راجع التقرير القيم لهيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في القضية محل التطبيق والذي اعده المستشار المساعد / عبد الوهاب عبد الرزاق.

(82) راجع د. عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، للرجع السابق، ص ١٦٠.

(83) تنص المادة (٤٧) من الدستور على أن « حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التمييز عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون ، والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني.

(84) أشعار تقرير هيئة المفوضين إلى هذه الفكرة في القضية محل التطبيق إلا أن المحكمة لم تشر إليها.

(85) الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ ، الجزء الرابع ، ص ٢٥٦ .

(86) راجع في استعراض الحكم بحث الدكتور يحيى الجمل ، بعنوان « الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية ، غير منشور » ، ص ١٨ ومابعدها.

(87) تناولنا هذه الفكرة بالتفصيل في الباب الخامس من هذه الرسالة حال البحث عن مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا.

(88) انظر ندوة استقلال القضاء ، محاضرة الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد ، منشورة في مجلة القضاء، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠.

(89) انظر عرض تفصيلي لأراء الدكتور كمال أبو المجد بمذكريته الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية المزمختين ١٩٩٠/٤/٥ ، بناء على طلب السيد رئيس هيئة قضايا الدولة، وهو يمثل وجهة النظر للمصادرة

لحكم المحكمة ، رغم أنه يسبق تاريخيا الحكم محل التحليل الصادر في ١٩٩٠/٥/١٩.

(90) وقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية عن هذا المعنى في حكم قديم لها أصدرته سنة ١٩١٢ في قضية -Trox V Casry- حيث قضت المحكمة بأن :
Classification must be reasonable ... it must regard real resemblances and real differences between things and class them in accordance with the pertinence to the purpose in hand.

(91) راجع بحث د / محمود عاطف البنا، بعنوان « مفاهيم أساسية حول الحكم ببطان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذ » ، مجلة القضاء ، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠.

(92) راجع د/ عبد النعم محفوظ ، القضاء الدستوري في مصر ، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٣٧٢ ومابعدها.

(93) في ذات الاتجاه، د محمد عصفور ، هل تحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسي، الوفاء، ١٧ يوليو ١٩٩١، حيث اعتبر أن الحكم قد تزايد وتناقص ، بما يمثل نموذجا لتحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسي يستهدف إبطاء الشرعية

على ما هو غير مشروع وغير دستوري.

(94) راجع بحث مستشار دكتور / فتحي عبد الصبور ، بعنوان « الرقابة الدستورية » ، جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٦

قتلا عن د/ عبد النعم محفوظ، القضاء الدستوري في مصر، للرجع السابق ، ص ٢١١.

(95) راجع د/ عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، للرجع السابق ، ص ١٨٦-١٨٨.

(96) راجع شرح تفصيلي للأحكام التي أخذت بمعايير الأثر التمييزي وتلك التامة التي أخذت بمعايير القصد للتمييزي ، د/ عادل خليل ، للرجع السابق ص ١٧٦ ومابعدها.

(97) راجع مذكرة د/ كمال أبو المجد التكميلية بالرأي القانوني في شأن دستورية بعض نصوص قانون انتخاب مجلس الشعب رقم ١٦٦ لسنة ١٩٨٠، للرجع السابق ، غير منشورة.

(98) راجع في هذا الرأي د/ محمد فكري حسن، الاستفتاء في النظام الدستوري المصري، ١٩٩١، ص ٨٨.

(99) ومثال الفقهاء الذين رفضوا أي وسيلة قانونية بخلاف الحكم ، الدكتور سليمان الطماوي- رحمة الله عليه - إذ يقرر في تعليقه على الحكم المنشور بمجلة العلوم الإدارية ، السنة ٢٢ ، العدد الأول يونيو ، ١٩٩٠ ، ص ٢٤١ أنه « إذا كانت المادة

(١٢٦) من الدستور قد استحدثت ضمانات لمقابل لها في جميع دساتير مصر السابقة ، ويعني بها عدم جواز حل مجلس الشعب إلا بعد استفتاء ، فإن المادة (١٢٦) تقتض حل مجلس شكل تشكيلا سليما ومطابقا للدستور .

والأعمال التفسيرية تقطع بأن الاستفتاء قد اشترط كضابط موازن لحق الحكومة في حل مجلس الشعب ، لأن التجارب السابقة تقطع - بما لا يدع مجال للشك - بأن المجالس النيابية في مصر منذ دستور سنة ١٩٢٣ كانت ضحية لإساءة

استعمال حق الحل من قبل الحكومة ، فتقررت ضمانات الاستفتاء لإقامة نوع من التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، أما الحالة التي نحن بصددنا فهي مختلفة تماما ، لأنها تتعلق ببطان تشكيل المجلس في ذاته ، ولاستطيع

الاستفتاء الشعبي - بغير الأسلوب المقرر في الدستور - أن يصحح هذا البطان لأن الأصل المقرر- والذي لا خلاف عليه - أن على الشعب وجميع سلطات الدولة أن تحترم للدستور ، وإذا أريد أن تخرج عليه فعلها أن تمهله أولا، أو

تثنيه وتصدر دستورا جديدا، ولكنها لا تستطيع أن تخرج عليه مادام قائما ومنفذا، ولهذا فإن أي إجراء يشهده رئيس الجمهورية تنفيذا لحكم المحكمة الدستورية العليا ببطان تشكيل مجلس الشعب لايتطلب إجراء استفتاء ، ويسير في ذات الاتجاه الرافض للاستفتاء ، المستشار / يحيى الرفاعي ، الشعب ، ١٩٩٠/٧/٢١ ، والدكتورة / سعاد

الشرقاوي ، الأهرام ، ١٩٩٠/٧/٧ ، والأستاذة / جيهان فوزي (الحامية) ، الأحرار ، ١٩٩٠/٧/٢٥ .

(100) راجع بحث د/ يحيى الجمل ، الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية، للرجع السابق، ص ٢٣ - ٢٤ .

(101) راجع في المادة (٧٤) من الدستور بتفصيل أكثر، دكتور جودرجي شفيق ساري ، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المنخدة بناء على المادة ٧٤ من الدستور، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

(102) راجع الدعوى رقم ١٤ لسنة ٨ ق ، تنازع ، جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ ، الجزء الخامس، للجلد الأول، ص ٤٢٩.

- (103) كانت المحكمة قد انتهت في هذا الحكم إلى القضاء باختصاص قضاء القيم بالفصل في النزاع، واعترض على ذلك د/ شفيق جويجي، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور، المرجع السابق، ص ٥٢.
- (104) راجع ص ١٨٢-١٨٤ وما بعدها من هذه الرسالة.
- (105) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٢ ق، «منازعة تنفيذ»، جلسة ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٠، الجزء الرابع، ص ٥٢٤.
- (106) راجع الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٦ ق، «دستورية»، جلسة ١٩٨٦/٧/٢١، الجزء الثالث، ص ٢٥٣. وقد تناول هذه القضية بتفصيل أكبر، د/يحيى الجمل، بحث بعنوان «الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية»، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.
- (107) راجع د/ محمد قنري حسن، الاستفتاء في القضاء الدستوري المصري، بدون دار نشر، ١٩٩١، ص ١٣٦.
- (108) بدت هذه الملاحظات العملية للباحث نتيجة اشتراكه بصفتة في الإشراف على انتخابات مجلس الشعب سنة ١٩٩٦، وانتخابات المجالس المحلية سنة ١٩٩٧.
- (109) راجع في تأثير الظروف المحيطة على قضاء المحكمة العليا ص ٥١٤-٥١٦ وما بعدها من هذه الرسالة.
- (110) راجع د/ سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٦٥.
- (111) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢ قضائية «دستورية»، جلسة ١٩٨٨/٦/١٩، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص ١٤٠.
- (112) تنص المادة ٢٦ مكرراً (٢) على أنه «إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسليم الأجرة أو إذا امتنع أيهما عن تسليم المستاجر مضافة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة كان للمستاجر أن يودع الأجرة على نمة المؤجر في الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل إيصاف من الجمعية أو بيعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول..... فإذا رفض المؤجر أو الوكيل تسليم المبلغ المودع خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالعرض أودعت الجمعية المبلغ على نمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المتجورة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية..... وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة المستاجر..... قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستاجر وأودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في اختصاصها الأرض المتجورة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية.....»
- (113) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٢ ق «دستورية» جلسة ١٩٩٢/١١/٧، الجزء الخامس المجلد الثاني، ص ٩٠.
- (114) راجع الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق «دستورية»، جلسة ١٩٩٢/١/٢، جزء ٢/٥، ص ١٢١.
- (115) راجع الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق «دستورية»، جلسة ١٩٩٢/٧/١٩، جزء ٢/٥، ص ٣٢١.
- (116) ينص القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين في الخارج في المادة الأولى منه على أنه:
- «تفرض ضريبة على الأجور والمرتبات التي يتقاضاها عن عملهم بالخارج العاملون بالدولة والقطاع العام والعاملون ينظم أو كادرات خاصة الحاصلون على إعارة أو أجازة خاصة بدون مرتب للعمل في الخارج.
- وفي مادته الثانية على أن:
- «تحدد قيمة الضريبة المنصوص عليها في المادة السابقة على الوجه الآتي:
- أ - العاملون بالدرجات الرابعة والخامسة والسادسة عشرون جنبها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- ب - العاملون من الدرجتين الثانية والثالثة أربعين جنبها أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- ج - العاملون من الدرجتين مدير عام والأولى ثمانون جنبها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- د - العاملون بالدرجات فوق مدير عام مائة وعشرون جنبها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- (117) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٢ ق «دستورية» جلسة ١٩٩٢/١٢/٦، الجزء السادس، ص ٨٠.
- (118) راجع في التفاصيل، د مستشار/ إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٢٥٩-٣٦١.
- (119) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق «دستورية» جلسة ١٩٩٥/٤/٨، الجزء السادس، ص ٦٠٩.
- (120) تنص المادة الثانية من قانون ضريبة الاستهلاك رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ على أنه:
- «فقرة أولى: تفرض الضريبة على السلع الواردة بالجداول المرفقة لهذا القانون بالفئات الموضحة قرين كل منها.
- فقرة ثانية: ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول على أن يعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما، أو في أول اجتماع له في حالة حل المجلس أو وقف جلساته.
- فقرة ثالثة: فإذا لم يقره المجلس ألغى مع اعتبار ما تم تحصيله قبل الإلغاء صحيحا.
- (121) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٨ لسنة ٨ ق «دستورية» «جلسة ١٩٩٦/٢/٢ - مجموعة الأحكام الصادرة منذ عام (١٩٩٦) الجزء الثاني، هيئة المطابع الأميرية، ص ١.
- (122) راجع في التفرقة بين التفويض التشريعي والتفويض الرئاسي، د/ عادل عبد الرحمن خليل، التفويض غير التشريعي في القانون الأمريكي والمصري، دراسة تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٤٢٣.
- (123) هذا وقد فات المحكمة الدستورية العليا أن تقضى في القضية السالفة بسقوط قرار رئيس للجمهورية رقم ٢٠٩ لسنة

١٩٩٠ بتعديل الجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك لذا اضطرت في الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٦ ق لسنة ١٩٩٠ نوفمبر ١٩٩١ أن تقضى بعدم دستوريته، وذلك تأسيساً على أن تلك القرار لا يعتبر من قبيل اللوائح التنفيذية التي تفصل ماورد إجمالاً بالقانون، بما ليس فيه تعديل من الأحكام التي انتظمها أو تعطيل لها أو إغفاء من تنفيذها . وكان تعديل رئيس الجمهورية للجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك - استناداً لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا القانون التي قضى بعدم دستوريته - إنما يحور من بيان الضريبة التي فرضها القانون وبغير من أحكامها من خلال تعديل نظامها وقواعد سريانها . وعليه انتهت المحكمة إلى أن القرار لمطعون عليه يكون باطلاً بعد أن قام محمولاً على تفويض مخالف للدستور.

(124) الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ١٩٨٨/١/٢، الجزء الرابع، ص ٦٣.
(125) الدعوى رقم ٦٦ لسنة ٤ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/٧، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ١٨٥.
(126) راجع في ذات اتجاه المحكمة بعدم دستورية وضع حدود قصوى للتعويض أحكامها في الدعاوى:
- رقم ١ لسنة ١ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٥/١٦.
- رقم ١ لسنة ١ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٢/٢.
- رقم ٨ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٢/٧، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٢٢٤ وقد أشار هذا الحكم إلى الدعوتين السالفتين عليه.

- رقم ٦٥ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٢٠٧.
وراجع في مدح للحكم الصادر في الدعوى ٦٦ لسنة ٤ ق دستورية سالف الذكر، حديث يس سراج الدين وأحمد أبو الفتوح، ومصفطى كامل مراد بجريدة الوفد، ١٩٩٢/٢/٢٢.

(127) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩١/٥/٤، المجلد الرابع، ص ٣٣٥.
(128) الدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/٢/١.
(129) الدعوى رقم ١٣٠ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/١، الجزء ٥/٢، ص ١٧٣.
(130) الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٣ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٥/٢، المجلد الخامس، ص ٣٠٤.
(131) الدعوى رقم ٩ لسنة ١٦ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٨/٥، الجزء الخامس مطابع، ص ١٨٧، ١٨٨. وقد قضت المحكمة فيها بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن - بغير طريق إعادة النظر- في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات المأجلة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأراضي الناشئة عن فرض الحراسة . وقد اعتبرت المحكمة النص المقضي بعدم دستوريته متنتهاكاً لمجموعة من المبادئ الدستورية إضافة لانتهاكه حق الملكية وهي المبادئ المنصوص عليها بالمواد ٤٠، ٦٤، ٦٥، ٦٨، ٦٩، ٦٥ من الدستور . راجع في استعراض الحكم الوفد، ٢ سبتمبر ١٩٩٥.

(132) أصدر الشرع استجابة لهذا الحكم القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم في المنازعات المتعلقة بالحكم عليها في المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر . راجع في شرح هذا القانون المستشار عزيز أنيس، الأهرام، ١٩٩٧/٢/٢١.

(133) الدعوى رقم ٥ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/٢/١.
(134) الدعوى رقم ٦٦ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/١٤، ج ١/٥، ص ٢٤٤.
(135) الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٣ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٠، ج ٢/٥، ص ٢٢٦.
(136) الدعوى رقم ١١ لسنة ١٦ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٢/٢٠، ج ٥ مطابع، ص ١٢٢.
(137) الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٢/١٨، الجزء السادس، ص ٥٤٢.
(138) الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/١/٤.
(139) الدعوى رقم ١١٦ لسنة ٢٨ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/٨/٢.

(140) هناك قضايا لاتزال منظورة أمام المحكمة الدستورية العليا تتعلق ببعض أحكام قانون إيجار الأماكن وهي حسيماً يقرر المستشار / وجب سليم في مؤلفه عن المحكمة الدستورية العليا :

١ - الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه -والتي تتعلق باستمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلي له لصالح أقاربه بالنسب حتى الدرجة الثالثة الذين كانوا يقيمون معه لمدة سنة سابقة على ترك العين أوشغله للمسكن أيهما أقل.
٢ - الفقرة الأولى من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المجرر والمستأجر والتي تتعلق باستمرار عقد إيجار المسكن عند وفاة المستأجر إذا ترك فيها أولاده أو زوجته أو أحد والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة، ونرى أن موضوع هذه القضية هو أهم مواضع القضايا الإيجارية على وجه الإطلاق.

٣ - المادة (١٧) من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة بانتهاه عقود التاجير لغير المصريين بقوة القانون بانتهاه المادة المحددة قانوناً لإقائمتهم بالبلاد.
٤ - المادة ٢قرة (١) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والتي تستثنى المساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت الحكومية وغيرها من المساكن التي تشغل بسبب العمل من الخضوع لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.
٥ - المادة رقم ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن عدم جواز احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد.
٦ - المادة (٨٢) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاصة بفرض عقوبة الحبس مدة اقل من ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه إن يقوم ببيع أو تأجير للوحده أكثر من مرة .

- ٧ - للمواد ٨، ٩ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، ١٢، ١٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاصة بلجان تعديل الأجرة.
- ٨ - المادة ٢/٢٣ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة بمقابلة المالك الذي تخلف دون مقتضى عن تسليم الوحدة في الموعد المحدد - بعقوبة جرمية النصيب والإلزامه بأن يؤدي الطرف الآخر مئلي مقدار مقدم الإيجار.
- ٩ - المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لتعديلها أسباب إخلاء المستأجر من الوحدة السكنية على سبيل الحصص.
- راجع في ذلك كتاب للمستشار / رجب عبد الحكيم سليم - المحكمة الدستورية العليا الكتاب الأول في إيجار الأمان - الطبعة الأولى - ١٩٩٧، ص ١٥٣، ١٥٤.
- هذا وقد أصدرت المحكمة - حديثاً - أحكاماً فيما قرره سيادته بالبند رابعاً وسابعاً وثامناً برفض الدعوى ، وبعدم الدستورية بالنسبة للبند خامساً.
- راجع في ذلك الدعوى أرقام ٩٥ لسنة ١٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٦/١٠/١٩٩٧ و ١٦ لسنة ١٧ ق « دستورية » جلسة ١٧/٥/١٩٩٧ و ٤٨/١٨ لسنة ١٨ ق « دستورية » جلسة ١٦/٩/١٩٩٧ ، وأرقام الاثنين ١٧/١١/١٩٩٧.
- (١٤١) تنص المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه « مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاء المستأجر أو تركه العين إذا بقي فيها زوجها أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك، وفيما عدا هؤلاء من أقارب للمستأجر نسبياً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة بشرط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغل المسكن أيهما أقل (فقرة أولى).
- فإذا كانت العين مؤجرة لزوجة أو صناعي أو مهني أو حرفي فلا ينتهي العقد بوفاء المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه في استعمال العين بحسب الأحوال (فقرة ثانية).
- وفي جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق في الاستمرار في شغل العين ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد (فقرة ثالثة) .
- (١٤٢) راجع الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ ق « دستورية » ، جلسة ١٦/٧/١٩٩٦، ج ٢ ، ١٩٩٦ مطابع ، ص ١٥٤.
- (١٤٣) وترتبط على هذا الحكم نرى أنه أصبح يحق للمؤجر أن يطلب من القضاء إخلاء العين المؤجرة من شاغلها بعدما تركها مستأجرها الأصلي له باعتبار أن كان يجيز لهم الاستمرار قضى بعدم دستوريته، مالم يكن الشركاء قد حصلوا على حكم بأحقيتهم في الاستمرار في العين المؤجرة وممارسة النشاط الخاص بها بعد ترك المستأجر الأصلي لها.
- (١٤٤) الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧.
- (١٤٥) راجع حكم النقض في الطعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ٦٦ ق ، نقلاً عن جريدة الأهرام ، ٢٧/٣/١٩٩٧.
- (١٤٦) تنص المادة ٦٠١ من القانون المدني على أنه : لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر واليومت المستأجر.
- ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها موارثهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم.
- وتنص المادة ٦٠٢ من القانون المدني - - إذا لم يقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو باعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد.
- (١٤٧) د/ سمير تناوغ ، مقالة بعنوان لاستعمالها في تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ، جريدة الأهرام ٢٥/٣/١٩٩٧.
- (١٤٨) مستشار - محمد عزمي البكري ، شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قوانين الإيجارات، دار محمود للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧، هامش ص ٧.
- ويلاحظ أن رأي سيادته مشابه لرأي محكمة النقض بالنسبة للمادة (٦٠١) دون المادة (٦٠٢).
- (١٤٩) في ذات الاتجاه، راجع ، مقالة المستشار جميل قلنس بعنوان للمادة (٦٠١) لتجيز توريث عقود الإيجار ، الأهرام ، ١٩٩٧/٤/٤.
- (١٥٠) د/ يحيى الجبل، مقالة بعنوان المحكمة الدستورية العليا، الأهرام ، ٢٩/٣/١٩٩٧.
- (١٥١) تنص المادة الأولى من القانون على أنه « إذا كانت العين مؤجرة لزوجة أو صناعي أو مهني أو حرفي فلا ينتهي العقد بموت المستأجر ، ويستمر لمصلحة الذين يستعملون العين من ورثته في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد . أزواجاً وأقارب حتى الدرجة الثانية . نكحوا وإناتاً من قصر وبليغ ، يستوى في ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم، واعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشر هذا القانون الملل للإستمع العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء، في العين إلا لمصلحة المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي دون غيره ولاة واحدة . وتنص المادة الثانية منه على أنه « استثناءً من أحكام الفقرة الأولى من المادة السابقة ، يستمر العقد لمصلحة من جاوزت قربانته من ورثة المستأجر المشار إليه في تلك الفقرة الدرجة الثانية، متى كانت يده على العين في تاريخ نشر هذا القانون تستند إلى حقه السابق في البقاء في العين وكان يستعملها في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد، وينتهي العقد بقوة القانون بموته أو تركه إياها.
- وتنص المادة الخامسة منه على أنه « يعمل بهذا القانون اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية عدا الفقرة الأولى من المادة الأولى منه، فيعمل بها اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه.
- (١٥٢) د/ جلال إبراهيم ، مقالة بعنوان للملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ ، الأهرام ، ٥/٨/١٩٩٧.
- (١٥٣) راجع المستشار/ محمد عزمي البكري ، شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، المرجع السابق، ص ٧.
- (١٥٤) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧.

- (155) راجع الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق - دستورية - جلسة ١٤/١/١٩٩٥، والدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٦ ق - دستورية - جلسة ١٤/١/١٩٩٥.
- (156) الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢.
- (157) الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ١٦٧.
- (158) راجع - الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٩٥/٧/٣.
- الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠.
- الدعوى رقم ٢١ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠.
- (159) راجع الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٧/٣، الجزء الخامس - مطالبه ص ١٦٦، ١٦٧.
- (160) راجع الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٢، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ١٦٥.
- (161) الدعوى رقم ٢١ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠، الجزء الخامس (مطالبه)، ص ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧.
- وفي ذات الاتجاه الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠، والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة و الأمن الغذائي رقم ١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن نزع الحيوانات وتجارة اللحوم.
- (162) راجع الدعوى رقم ٢ لسنة ١٠ قضائية - دستورية - ، جلسة ١٩٩٢/١/٢، الجزء الخامس المجلد الثاني، ص ١٠٣.
- (163) راجع الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٧ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٦/١/١٥، الجزء الثاني ١٩٩٦ (مطالبه)، ص ١٥١، ١٥٢.
- (164) راجع الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٦/١/٥.
- (165) مستشار / محمد حامد الجمل، ورئيس مجلس الدولة (السابق) الأهرام، ١٩٩٦/١٠/١٢.
- (166) مستشار / عبد الرحمن نصير، نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا، الأهرام، ١٩٩٦/١٠/١٢.
- (167) الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١٢ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢، الجزء السادس، ص ١٥٤.
- (168) وقريب من ذلك ماقررت المحكمة في حكم آخر من أن تأميم المشرع لأفعال بنواتها حال وقوعها في مكان معين، مؤداه ضرورة تعيين حدود هذا المكان، بما ينفي التجهيل بأبعاده، في ذلك راجع الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/١٠/١٠ والمتعلقة بقانون الحميات الطبيعية وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٦ بإنشاء مصحات طبيعية بمنطقة جبل علي بالبحر الأحمر، الجزء السادس، ص ٣٥٨.
- (169) عرفت المحكمة العليا الأمريكية هذا المبدأ منذ زمن بعيد ولعل أوضح حكم أكده هو ذلك الصادر سنة ١٩٤٨ في قضية Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948). حيث قضت فيه المحكمة بأن التشريع إذا كان غامضاً وغير محدد في عبارته وفي النطاق الذي يمكن أن يفسر به بحيث يقصر عن تحديد الأعمال التي يعاقب عليها، فإنه يكون مخالفاً لشرط الوضوح القانوني السليم،، نقلاً عن رسالة د/ أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢٨٨.
- (170) الدعوى رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق دستورية - ، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢، الجزء السادس (مطالبه)، ص ٨٢.
- (171) لعل هذه العبارة البلاغية الرنانة ومثيلاتها تمثل ردا كافيا على من يلومون المحكمة لاجونها لذكر بعض العبارات باللغة الأجنبية في أحكامها، إذ هي لا تلجأ لذلك فقراً وإغناء، إذ الثابت أنها تمسك بنواصي اللغة العربية، وإنما تفعل ذلك وحسبما سنوضحه في الباب التالي لإثبات أن مآثره من مبادئه له أصوله العالمية المستقرة في الضمير الإنساني.
- (172) راجع الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢.
- (173) الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١٥ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٦/٨/٢.
- (174) في هذا المعنى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٨ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٣٢٧.
- (175) راجع في حق الدفاع / أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢١٢ وما بعدها، وقد أشار سيادته بهامش ص ٢١٥ إلى أن الفقه الأجنبي يتشكك بعضه في إضفاء قيمة دستورية على حق الدفاع في المنازعات غير الجنائية.
- (176) تنص المادة (٧١) من الدستور على أنه « يبلغ كل من يقض عليه أو يعتقل بسبب القبض عليه أو اعتقاله فوراً، ويكون له حق الاتصال بما يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهمة الموجهة إليه وله ولغيره التظلم أمام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية - وهذا وبلاظن أن المادة السالفة جعلت غير المقبوض عليه صاحب مصلحة في رفع التظلم من القبض أمام القضاء.
- (177) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية - دستورية - ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢، الجزء السادس، ص ٨١.
- (178) الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢، الجزء السادس (مطالبه)، ص ٥٨ - ٥٩.
- (179) الدعوى رقم ٦ لسنة ١٣ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، المجلد الخامس، الجزء الأول، ص ٢٤٤.
- (180) تآمر حق الدفاع في أمريكا، رسالة د/ أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢٠٠ - ٢٠١.
- (181) راجع الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٦ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠، الجزء السادس، ص ٧٤٩، ٧٤٨، حيث اعتبرت المحكمة النص المطعون فيه خلافاً مبدأ المساواة بين القانونيين في حق القائم بالعمل العام وبين غيرهم لولمنا أسس موضوعية.
- (182) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ ق - دستورية - ، جلسة ١٩٩٢/١/٧، الجزء الخامس المجلد الثاني، ص ٦٨. وقد أشارت المحكمة في الحكم الآنف إلى ضرورة تفسير النصوص العقابية تفسيراً ضيقاً عندما أوضحت أنه لا يجوز تفسير النصوص العقابية بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولابد نطاق التجريم - وبطريق القياس - إلى أفعال لم يوثقها المشرع، بل يتعين لوما - وكما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير - أن يرجع القاضي من بينها ما يمكن أكثر ضمانات الحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية يقيها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي

- اعلنها ، أو التي يمكن اقتراضها عقلا .
- (183) راجع الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ .
- (184) صدر حكم مماثل تماما من المحكمة في الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٧ جلسة ١٩٩٧/٢/١٥ ، وقد حرصت المحكمة على تكرار ذات الأسباب ثانية ، مع أنها كانت ترى عدم الحاجة مطلقا إلى تكرار الأسباب ثانية في الحكم الأخير إذ كان يكفي حينئذ الإشارة إلى الحكم الأول وحجية أسبابه .
- (185) راجع الحكم الصادر من محكمة النقض « الدائرة الجنائية » بجلسته ١٩٩٦/١٢/١٨ ، ونظيره المعارض له الصادر من محكمة النقض « الدائرة المدنية » بجلسته ١٩٩٦/١٢/٢٢ - مشار إليهما تفصيلا بكتاب المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم - المحكمة الدستورية العليا ، الكتاب الأول في إيجاز الأماكن ، ص ١٢٨ - ١٤٤ .
- (186) راجع الدعوى رقم ١٥٠ لسنة ٤ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٨٩/٥/٢٧ ، الجزء الرابع ، ص ٢٤٨ .
- (187) من هذه الأحكام تلك الصادرة فيما يلي :
- الدعوى رقم ١٤١ لسنة ٤ ق « دستورية » ، جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٧) من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦ بحظر شرب الخمر .
 - الدعوى رقم ٧٠ لسنة ٦ ق « دستورية » بجلسته ٤ إبريل بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٢٢٢) فقرة أولى من القانون المدني .
 - الدعوى رقم ٤٦ لسنة ٧ ق « دستورية » بجلسته ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٧٦) من قانون الوصية .
 - الدعوى رقم ١٢٥ لسنة ٦ ق « دستورية » بجلسته ٦ يونيو سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٣٧) فقرة أولى من قانون الوصية .
 - الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٠ ق « دستورية » بجلسته ٤ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٣١٧) البند ثانيا من قانون العقوبات .
 - الدعوى رقم ١٧ لسنة ١١ ق « دستورية » بجلسته ٢ فبراير سنة ١٩٩٠ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٢٢٨) من القانون المدني .
 - الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٠ ق « دستورية » بجلسته ١٩٩١/١/٥ بشأن الطعن بعدم دستورية المواد ٢٦٧ و ٢٦٩ و ٢٧٧ من قانون العقوبات .
 - راجع في التفاصيل ، الجزء الرابع لأحكام المحكمة الدستورية العليا ، ص ٢٥٢ - ٢٥٥ .
 - ومن الأحكام الحديثة في ذات الاتجاه الحكم الصادر في الدعوى رقم ٦٧ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٩/١٩ .
- (188) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١١ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٣٦٤ .
- (189) الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٤٢ .
- (190) الدعوى رقم ٨ لسنة ٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/١/١٨ .
- (191) راجع مقالة الدكتور كمال أبو المجد ، المحكمة للدستورية ومبادئ الشريعة وفق المفاضلة في مسكن الزوجية ، جريدة الأهرام ، ١٩٩٦/٢/٨ .
- (192) راجع الدعوى رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٣/١ .
- (193) الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٢/٧ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٢٠٤ .
- (194) راجع ص ٢٢٢ من هذه الرسالة .
- (195) الدعوى رقم ٣٦ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٢/١٤ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٢٤٦ .
- (196) الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٦ ، الجزء السادس ، ص ٢٣١ .
- (197) راجع الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٢٣١ .
- (198) الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ .
- (199) لاحظ الباحث إبان حضوره لمؤتمر « دور القضاء في حماية حقوق الإنسان للنقد في ديسمبر سنة ١٩٩٦ بالقاهرة » ، اهتماما غير عادي من اللغة الأجنبية بهذا الحكم .
- (200) المستشار سعيد العشماوي ، مجلة أكتوبر ، ١٩٩٦/١٠/١٢ .
- (201) الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ .
- (202) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٦٧ ، والدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٤٢ ، وما سبق ذكره يرسالتنا ص ٢٢٠ ، ص ٢٢٥ ، عن هذا الموضوع .
- (203) راجع الدعوى رقم ٦٥ لسنة ٤ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٣٠٨ - ٣٠٩ .
- (204) الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٦٧ .
- (205) راجع مقالة د/ عادل عمر الشريف ، حصن التشريعية للدستورية ، الأهرام ١٩٩٦/١/٢ .
- (206) راجع في مفهوم الأحكام التنظيمية والظنية على سبيل المثال ، الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٦ ، الجزء السادس ، ص ٢٢٧ .
- (207) راجع في ذلك المعنى : الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق « دستورية » بجلسته ١٩٩٦/١/١٨ .

الباب الرابع

الحكم الدستوري ومبدأ التقييد الذاتي

تقسيم

إن الحكم الدستوري الذي قمنا بتحليله في الباب الآنف يؤثر في إصداره عوامل متباينة ، ولذلك فإن دراسة تلك العوامل تفصيلا يساهم إلى حد بعيد في فهم الاتجاه الذي تذهب إليه المحكمة في أحكامها ، ونظرا لاهتمام الفقهاء في أمريكا بون مصر بدراسة تلك العوامل ، الأمر الذي أدى لتوافر المادة المهينة للدراسة عن أمريكا بون مصر ، ومن ثم رأينا أن نركز على هذه العوامل في أمريكا فقط .

ولما كان مبدأ التقييد الذاتي من العوامل الهامة التي تؤثر ولا غرو في الحكم الدستوري إن لم تكن أهمها على الإطلاق ، لذا رأينا تخصيص فصل مستقل لها سواء في أمريكا أو مصر حيث اهتمت بها محكمتنا الدستورية .

وقبل كل ذلك رأينا أن نخصص الفصل الأول للمراحل التي يمر بها الحكم الدستوري في أمريكا ومصر وذلك تحقيقا لاتساع الرؤية والفهم الأعمق .

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا في هذا الباب مقسمة على النحو التالي:

الفصل الأول : المراحل التي يمر بها الحكم الدستوري .

المبحث الأول : المراحل التي يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية .

المبحث الثاني: المراحل التي يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا .

الفصل الثاني : العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري في أمريكا.

الفصل الثالث : مبدأ التقييد الذاتي .

المبحث الأول : عناصر مبدأ التقييد الذاتي في أمريكا .

المبحث الثاني : ما لا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي .

المبحث الثالث : مبدأ التقييد الذاتي في مصر .

الفصل الأول

المراحل التي يمر بها الحكم الدستوري

المبحث الأول

المراحل التي يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية

إن حكم المحكمة بقبول القضية وإعطائها معاملة تامة يعنى قرارا بجدارة القضية (Merit).

وتلك القضية قد تقضى المحكمة فيها بالتأييد لحكم المحكمة الأدنى أو بتعديله أو إلغائه وفى الحالتين الأخيرتين عادة ما ترسل المحكمة العليا القضية للمحكمة الأدنى لإعادة فحصها ثانية وفق توجيهاتها، ويلاحظ أن الوصول إلى حكم فى قضية ما على أساس جدارتها يمر بثلاث مراحل .

١ - المرحلة الأولى : تقديم القضية للمحكمة :- فى هذه المرحلة يكون الخصوم قد سبق وأن قدموا مذكرات تؤيد وجهة نظرهم فى قبول القضية أو عدمه، ويعيد الخصوم تقديم مذكرات مكتوبة تتعلق بجدارة القضية وتكون بصورة أكثر مباشرة، وهناك قضايا كثيرة تقدم فيها مذكرات صداقة وتقدم تلك المذكرات من الأشخاص والمؤسسات المهتمة. وتلك المذكرات تتناول المسائل القانونية من وجهة نظر مقدميها ، وقد أصبحت لها شرعيتها منذ سنة ١٩٠٨ عن طريق قضية (ميللر ضد أورجن) والتي كانت تتعلق بدستورية قانون ولاية يحدد عدد ساعات عمل المرأة ، إذ إنه عندما أيدت المحكمة العليا هذا القانون فقد استندت إلى تحليل اجتماعى مطول قدمه المحامى لويس برانديز - والذي أصبح قاضيا بالمحكمة العليا بعد ذلك . وقد ساند هذا التحليل ذلك القانون .

وقد أصبحت مذكرات الصداقة التى تتناول مسائل اجتماعية تسمى مذكرة برانديز "Brandeis brief".

هذا ويتم المناقشة الشفوية فى القضية لإعطاء الفرصة للأطراف ليساننوا ماكتب فى مذكراتهم ويقدم ذلك فرصة للقضاة لفهم ما قد يكون قد التبس عليهم فى المذكرات .

ويحدث أن يقاطع القضاة أثناء المناقشة الشفوية تلك المناقشة والتي يحدد لها عادة ساعة لكل قضية ، ثم قد يحدث أثناء تلك المقاطعة مجادلة بين قضاة المحكمة أنفسهم كما حدث بين كلا من رنكوست ومارشال سنة ١٩٨١ عند مناقشة عقوبة الإعدام ، إذ كان رنكوست قد عبر عن رأيه فى أنه

من الأرخص أن أعدم مسجوناً عن أن أسجنه لفترة طويلة وحينئذ امتنع مارشال من ذلك وقال « حسناً إنه لمن الأفضل حينئذ أن أطلق عليه الرصاص عند القبض عليه أليس كذلك؟ » (1).

كما يحدث أن يختلف القضاة في المناقشة الشفوية في مسائل قد تكون تافهة للغاية كما حدث بالنسبة للقاضيين رنكوست وستيفنز في إحدى جلسات سنة ١٩٨٢ حول المركز الذي يشغله أحد لاعبي البيسبول في فريقه (2).

٢ - المرحلة الثانية : وهي مرحلة القرار المؤقت وتحدث بعد المناقشة الشفوية في القضية حيث تبدأ بمجادلة شفوية بين القضاة أنفسهم والتي تكون في إحدى الجلسات السرية اللاحقة لمناقشة القضية ، حيث يقدم رئيس القضاة القضية ويحدد رأيه فيها ثم يلحقه أقدم الأعضاء خدمة في المحكمة وليس في السن - حتى أحدثهم .

وطبيعة المناقشة في ذلك تختلف حسب طبيعة رئيس المحكمة ونمط قيادته، فنجد مثلاً أن رئيس القضاة هيوز كان له سيطرة كاملة على مناقشة الحكم في القضية وساعد ذلك على تخفيف العبء من على المحكمة حيث كان يتم التخلص من القضية والوصول لحكم فيها في وقت سريع، بينما رئيس القضاة ستون لم يكن له نفس هذا النمط رغم أنه تلى هيوز في رئاسة المحكمة سنة ١٩٤١ فقد كان ستون يعطي وقتاً أكبر لكل قضية مما يسمح بالدخول في التفاصيل الدقيقة، ويعيب هذه الطريقة زيادة العبء على المحكمة . وبعد أن تصل المحكمة إلى حكم مبدئي في القضية يتم إسنادها لأحد القضاة لكتابة الحكم النهائي فيها ، وإذا كان رئيس القضاة في صفوف الأغلبية - وهذا غالباً ما يحدث - فإنه هو الذي يقوم بتحديد القاضي المعهود بكتابة الحكم النهائي له ، وإذا كان رئيس القضاة في جانب الأقلية فإن الذي يتولى ذلك هو أقدم القضاة خدمة في المحكمة من صف الأغلبية.

٣ - المرحلة الثالثة : الحكم النهائي :

وتبدأ تلك المرحلة بعد تعيين القاضي سالف الذكر حيث يكتب هذا القاضي مسودة مبدئية لرأي الأغلبية والأسس المبني عليها .

كما قد يكتب قضاة الأقلية أراهم ، وأثناء هذه المرحلة يمكن أن تتغير وجهات نظر القضاة وعندما تكتمل هذه الآراء وتكتب يتم المداولة فيها والمفاوضة، وعلى القاضي المعين أن يحاول الحفاظ على الأغلبية كما قد يحاول جذب عدد من قضاة الأقلية لجانب الأغلبية .

وقد يحدث أن يفشل القاضي المعين في إقناع الأغلبية لما ذهب اليه وحينئذ يتولى قاض آخر تلك المهمة حتى يتم الوصول إلى رأي للأغلبية والذي قد يكون مختلفاً أو متفقاً مع رأي الأغلبية التي عينت القاضي سالف الذكر .

وقد يحدث ألا يوجد رأي له أغلبية ، وقد انتشر ذلك في السبعينيات والثمانينات حيث كان هناك ٧٨ حكماً بدون أغلبية ، مما يشكل ٥٪ من جملة القضايا التي قضت فيها المحكمة برأى كامل ومن ذلك قضية (ميرمان ضد جورجيا) سنة ١٩٧٢ والتي ألفت فيها المحكمة القوانين التي تجيز توقيع عقوبة الإعدام .

ولا شك أن القضية بدون رأي للأغلبية تكون قضية غير محظوظة لأنه لا يوجد تصريح ذو سلطة بموقف المحكمة بصدد المسألة القانونية التي تثيرها تلك القضية، ومن ثم يكون موقفها غامضاً رغم

أن بعض تلك القضايا تكون هامة .

الآراء المتلاقية والمعتزصة⁽³⁾ "concurring and dissenting opinions"

عادة ما تكون هناك أغلبية على نحو ما أسلفنا ولكن نادرا ما تكون المحكمة مجمعة على رأى واحد، ففي دورة سنة ١٩٨٢ مثلا كان هناك أكثر من ٧٥٪ من جملة القضايا التي قضى فيها برأى كامل (معاملة تامة) تشتمل على آراء محتجة ومتلاقية .

والرأى المحتج هو الذى يخالف رأى الأغلبية فى النتيجة التى انتهى إليها فإذا ما ألغيت الإدانة مثلا فإن الرأى المحتج يؤمن بضرورة تأكيدها .

ويحدث أن تغير المحكمة من موقفها ويصبح هذا الرأى المحتج هو رأى أغلبية أعضاء المحكمة فيما بعد ، والمثال الواضح لذلك هو احتجاج القاضى بلاك فى قضية (بيتر ضد برادى) سنة ١٩٤٢ حيث كان يرى عكس ما ذهب إليه المحكمة بأن المتهم الجنائى الفقير له الحق فى الاستعانة بمحام مجانا ، وقد غيرت المحكمة من موقفها لتتبنى وجهة نظر القاضى بلاك بعد ٢١ سنة وقد كتب القاضى بلاك حين إذ رأى المحكمة. هذا وعادة ما يكون الانشقاق بطبيعة مهذبة مثل عبارة أنا انشق رغم احترامى لرأى المحكمة أو كما افتتح القاضى باول احتجاجه سنة ١٩٨٢ بعبارة «إن رأى المحكمة عالج أسئلة كثيرة أثبتت فى هذه القضية بشمولية جديرة بالاحترام»، ولكن قد تكون الطبيعة فى بعض الأحيان أقل تهذبا .

وعندما ينشق أكثر من قاض فقد يحدث اشتراكهم فى رأى واحد أو قد يفضل كل منهم كتابة رأيه منفردا .

أما الرأى المتلاقى فهو يتفق مع النتيجة التى ذهبت إليها المحكمة ولكن مع اختلاف الأسباب بينهما ، وقد يكون الاختلاف كاملا أو جزئيا .

ومثال للرأى المتلاقى قضية (الولايات المتحدة ضد بلاس) سنة ١٩٨٢ ، حيث قضت المحكمة بإلغاء الإدانة فى قضية حيازة مخدرات بالنظر لأن ضبط المخدرات كان بعد تفتيش الحقائب فى المطار ، وقد كان رأى الأغلبية أن الاحتجاز المؤقت مقبول ولا يخالف التعديل الرابع⁽⁴⁾ للدستور ولكن المخالفة جاءت من طول فترة احتجاز الحقائب .

بينما كان رأى القاضى بريين والملقى مع رأى الأغلبية أن الإدانة لابد من إلغائها ولكن على أساس أن مجرد الاحتجاز المؤقت وليس طول فترته هو المخالف للتعديل الرابع من الدستور .

هذا ويحدث أن يكون ذات الرأى لأحد القضاة منشق فى جانب وملق فى جانب آخر مثل أن يتفق مع معالجة المحكمة للقضية من جانب ولكن يحتج على بعض نواحى هذه المعالجة .

وتنتهى عملية صنع حكم المحكمة عندما تكتب جميع الآراء ويحدد القضاة أى الآراء التى ينتمون إليها ، وعند إذ يعلن الحكم بصوره علنية.

ويحدث أن يقرأ القضاة كل الآراء فى المحكمة والأغلب أن يتم ذلك بصورة مختصرة، ويحدث أن يعبر القاضى عن رأيه المحتج بصورة صارخة مثلما فعل القاضى جيمس مكريونولدن، إذ علق على مساندة المحكمة لقانون المعاملة الجديدة سنة ١٩٢٥ بأن « هذا هو نيروى فى أسوأ صورة لقد ضاع الدستور⁽⁵⁾».

المبحث الثاني

المراحل التي يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا

يمر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بثلاث مراحل على النحو التالي :

١ - مرحلة التحضير : وهي التي تتولاها هيئة المفوضين أمام المحكمة الدستورية العليا حيث تتولى تلك الهيئة الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق لتهيئة الدعوى وتأمير باستدعاء نوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي ترى لزوم تحقيقها ، أو بتكليفهم تقديم مستندات أو مذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق ، وتفصل في طلبات الإعفاء من الرسوم القضائية أو الكفالة بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب، وتبدأ إجراءات تحضير الدعوى بتبادل الردود ، حيث يتناول أطراف الدعوى الردود عقب إيداع العريضة أو إثبات قرار الإحالة على النحو الذي نظمته المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وحتى يتم الالتزام بالمواعيد التي حددتها هذه المادة نصت المادة ٢٨ على أنه « لا يجوز لقلم الكتاب أن يقلل بعد انقضاء المواعيد المبينة في المادة ٣٧ أوراقا من الخصوم ، وعليه أن يحرر محضرا يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق و اسم مقدمها وصفته »^(٦).

وبعد انتهاء فترة تبادل الردود يبدأ دور المفوض في تحضير الدعوى على النحو الذي بينته المادة ٣٩.

وبعد إتمام تهيئته الدعوى يعد المفوض^(٧) تقريراً يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبيد رأيه مسبباً ، ويجوز لنوى الشأن أن يطلعوا على تقرير المفوض بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم .

وفي خلال أسبوع من إيداع التقرير سالف الذكر يحدد رئيس المحكمة تاريخ الجلسة التي ينظر فيها الدعوى، ويتولى قلم كتاب المحكمة إخطار نوى الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل يعلم الوصول قبل الموعد المحدد للجلسة بخمسة عشر يوماً على الأقل ما لم يقرر رئيس المحكمة في حالة الضرورة وبناء على طلب نوى الشأن بتقصيره إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام، على أن يعلن ذلك إلى جميع أصحاب الشأن في الدعوى مع الإخطار بتاريخ الجلسة .

٢ - مرحلة^(٨) المرافعة : - القاعدة العامة أن المحكمة تفصل في الدعوى بغير مراعاة بحسبان أن الدعوى سبق للمفوض إعدادها وأوضح رأيه فيها، إلا أنه إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع الخصوم وممثل هيئة المفوضين ، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم ، وليس للخصوم الذين لم يودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة، وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها (مادة ٤٤ من قانون المحكمة).

٣ - مرحلة الحكم :- تبدأ بالمدالولة في الحكم وهي عبارة عن المناقشة التي تجرى بين أعضاء المحكمة للاتفاق على الحكم في الدعوى ، وتخضع للأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وهي:

- السرية : وذلك لضمان الحفاظ على هبة الأحكام بين المتقاضين وضمانا لحرية القضاء في إبداء الرأي ، وإذا كانت المحكمة قد استمعت إلى مرافعة في الدعوى فلا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة .

- إصدار الأحكام بالأغلبية : تصدر أحكام المحكمة وقراراتها من سبعة أعضاء والنصاب اللازم لإصدار الحكم هو الأغلبية المطلقة أى الأغلبية المكونة من أربعة قضاة .

ولا يثبت في الحكم الرأي المخالف كما لا يذكر ما إذا كان الحكم قد صدر بالإجماع أم بالأغلبية ، وكنا نتمنى الأخذ بالأسلوب الأمريكي في هذا الشأن⁽⁹⁾.

ويتم النطق بالحكم في الجلسة المحددة لذلك ولا يوجد ما يحول بين المحكمة وتنجيل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى تحدها .

ويتم النطق بالحكم بتلاوة منطوقة مع أسبابه علانية ويجب حضور القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حدث لأحدهم مانع وجب أن يوقع على مسودة الحكم .

ونظرا للطبيعة العينية لأحكام المحكمة الدستورية ولحجيتها المطلقة في مواجهة كافة و بالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها، فإنه كثيرا ما تسبب المحكمة أحكامها بالإحالة الى أحكام أخرى لها تكون قد تناولت ذات المسألة⁽¹⁰⁾ الدستورية .

الفصل الثاني

العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري في أمريكا

تقسيم :

هناك عوامل متعددة تؤثر في إصدار الحكم الدستوري سوف ندرسها تفصيلا في هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول : طريقة التفسير الدستوري التي تنتهجها أغلبية المحكمة .

المبحث الثاني : قيم القضاة الشخصية .

المبحث الثالث : نص القانون محل الطعن.

المبحث الرابع : البيئة المحيطة بالمحكمة .

المبحث الخامس : دور رئيس المحكمة .

المبحث السادس : دور قضاة المحكمة وطبيعة العلاقات بينهم .

المبحث السابع : رأينا في الموضوع .

المبحث الأول

طريقة التفسير الدستوري التي تنتهجها أغلبية المحكمة

تحتاج المحكمة وهي تصدر حكمها الى الوقوف على حقيقة معنى النص الدستوري حتى تثبت مما إذا كان القانون المطعون في دستوريته مخالفا للدستور، ويتنوع طرق التفسير على النحو التالي:

١ - المعنى الصريح "Plain meaning"

تقوم هذه الطريقة على أساس من أن المحكمة ليس لها القدرة ولا الحق في خلق حقوق جديدة لا ينطوي عليها الدستور ، فإذا تعارض القانون مع صراحة النص الدستوري فلا بد من القضاء بعدم دستورية الأول .

ويعاب على هذه الطريقة أن اللغة الإنجليزية ليست ذات معانٍ حاسمة ، والكلمة وفق الظاهر من القاموس تعني أكثر من معنى ، بل إن هناك الكثير من كلمات الأضداد وهي الكلمة التي تعني معنيين عكس بعضهما ، كما يعاب أيضا على هذه الطريقة أن واضعي الوثيقة الدستورية والتعديلات قصدوا أن تكون المعاني واسعة و ذلك حتى تستوعب التغيرات التي سوف تحدث في المستقبل .

وطريقة المعنى المباشر مقتضاها أنه مثلا بالنسبة لالتزامات المتعاقدين المحمية دستوريا بالفقرة العاشرة من المادة الأولى ، فإنه يجب على المحكمة أن تقضى بعدم دستورية أى قانون يعطلها أو يضعف منها .

ويلاحظ أن المحكمة لم تنتهج هذا المنهج بالنسبة لالتزامات المتعاقدين ، إذ لم تقض بعدم دستورية تلك القوانين التي تحد من المكاسب التي حصل عليها أحد الأطراف المتعاقدة طالما كان لها أساس منطقي، إذ وظف القاضي هيوز المنطق الدائري لمنع البيع بالجملة للمنازل الموهونة منعا من بخس أثمانها .

بل حدث واشتقت المحكمة من الدستور حقوقا غير منصوص عليها صراحة مثل حق الخصوصية (11) مثلا

٢ - القصد الأصلي لواضعى الدستور.

يسمى المؤمنون بهذا المذهب أنفسهم بأسماء متعددة مثل المفسرين الصارمين أو البنائين الصارمين ويطلق عليهم بالانجليزية "strict constructionists" أو "interpretivists" وينصب جل اهتمامهم على قصد هؤلاء الذين تبنا الدستور وذلك بالاعتماد على كتاباتهم وأقوالهم وخلافاتهم .

و يؤمن أنصار هذه الطريقة بأن القصد المذكور هو المصدر الوحيد الذي يجب التحويل عليه في التفسير الدستوري ، ومن ثم فإن الاختيار القضائي في مسألة ما يجب أن يقوم على أساس ما كان يعتقد واضعو الدستور في تلك المسألة ويعيب هذه النظرية ما يلي :

أ- إن تلك النظرية تفترض إمكان كتابة التاريخ بموضوعية رغم أن الماضي عادة ما يختلط بالإبهام والغموض .

وكل ما يمكن استخلاصه من الماضي هو أن واضعى الدستور كانوا مختلفين حول النصوص الدستورية ومعانيها لذا قصدوا إلى وضعها بصورة فضفاضة تخفى هذا الخلاف.

ب - يظهر من تفاصيل (12) طريقة وضع الدستور عدم تمثيل قطاعات كبيرة من الشعب إضافة إلى أن مؤتمر فيلادلفيا الذي وضع مشروع الدستور سنة ١٧٨٧ قد خلف سجلا غير واضح ولا يصلح للاعتماد عليه. وإذا كنت ملاحظات جيمس ماديسون مفيدة في هذا الشأن إلا أنها لم تنتشر إلا بعد فترة طويلة جدا من الدستور ، وذلك في سنة ١٨٤٠ كما أن مؤتمرات التصديق بالولايات سجلها مشوب بالغموض أيضا رغم أنها اعتبرت أهم من مؤتمر فيلادلفيا إذ أكد جيمس ماديسون أنه لا يجب التركيز على قصد هؤلاء الذين اجتمعوا في مؤتمر فيلادلفيا واقتروا الدستور ولكن يجب أن نضع جل الاهتمام على هؤلاء الذين قبلوه وصدقوا (13) عليه .

ورغم ذلك وجد من له رأى مخالف ويرى ضرورة التركيز على قصد المجتمعين في مؤتمر فيلادلفيا رغم حقيقة أن هؤلاء لم يكن لهم أى قصد بالنسبة لوثيقة الحقوق وهي التعديلات العشر الأولى للدستور وهي الشق الأهم منه - فى اعتقادنا- لتطابقها بالحرىات والحقوق الشخصية ، وهنا يجب الرجوع إلى خصوم الفيدرالية والدستور بصفة عامة، والذين كانوا الأكثر نشاطا فى طلب الحرىات (٢٥٢)

المدنية. ويلاحظ أن هاميلتون وهو من قادة الفيدرالية قد انتقد تلك الوثيقة في أوراق الفيدراليست الورقة رقم ٨٤ .

ج - القصد درجات ومن الصعب التوصل إلى حقيقته ، إذ من الصعب معرفة ما إذا كان مقترحو الدستور والمصدقون عليه قد قصدوا حقيقة تحقيق مصالحهم الذاتية أم سن مبادئ سامية أم كان قصدهم مختلطاً .

وعلى سبيل المثال نجد أنه بالنسبة للتعديل الأول المتعلق بالدين فقد تنوعت أهداف من قرروه على النحو التالي :

١ - ضمان عدم التأثير الديني على الحكومة ككل .

٢ - ضمان عدم التدخل الفيدرالي في ديانة الولايات .

٣ - ضمان من الإعاقة الرسمية لتعدد الديانات.

٤ - محاولة وضع حائط وفاصل بين الدولة والكنيسة.

د - حتى في حالة إمكانية تبين قصد أصلي فإنه قد لا يصلح البتة وقت تطبيق النص وفي المستقبل .

فمثلاً حال وضع التعديل الرابع عشر المتعلق بالحماية المتساوية ، لم يكن قصد واضعيه وقتها تحريم التفرقة في المدارس العامة ، بل ساد فقه الفصل مع المساواة ، وكانت توجد صور شديدة للتفرقة حتى في الشمال الأمريكي المناهض لها ، ولكن مع مرور الوقت والتطور زال فقه الفصل مع المساواة ، بل زالت الفكرة القديمة التي كانت تقرر أن الطفل يمكنه الحصول على فرصته في الحياة دون حصوله على فرصته في التعليم وهو ما أكدت المحكمة العليا في قضية براون سنة ١٩٥٤ ، كما أن الواقع التقني أدى لوجود مسائل حديثة لم يتصورها الصانفون مثل التجسس والذي أثر حوله التساؤل عما إذا كان يشمل التعديل الرابع الذي يحظر أعمال التفيتش غير المعقولة .

وهكذا نجد أن الاعتماد على القصد الأصلي لا محل له بالنسبة لكثير من القواعد الدستورية التي تطورت بصورة أكبر من توقعات الذين وضعوا الدستور ، بل وجدت نصوص ، فقدت قيمتها تماماً مثل التعديل الثالث الذي يتكلم عن إيواء الجنود وقت الحرب (14) ، (15) .

كما أن الاعتماد على القصد الأصلي لا محل له بالنسبة للنصوص الفضفاضة كفقرة الإجراء الواجب قانوناً والتي رأى فرانكفورنر أنها حدثت غير مقيد بإطار دائم من القيود والأسس المتعلقة بالحقوق الأساسية .

ونرى أنه إذا كان للقصد الأصلي من فضيلة فهي في احترام القضاة لقصد واضعي الدستور والمصدقين عليه إذ إنهم أقسموا على ذلك ، مع ملاحظة أن المبالغة في الأمر تفرغ الدستور من حيويته ، ومن ثم على القضاة التوسط في الأمر.

٣ - الحرفية Textualism

يظهر من الاسم أن أصحاب هذا المذهب في التفسير يؤمنون بالاعتماد على النصوص الدستورية كمصدر أولى ووحيد للمعاني ، وهكذا فإن المعنى المباشر للدستور يسود (16) ما لم يتداخل ويتناقض

مع النص نص دستوري آخر أو يقود البناء الصارم للنص إلى اللا معقول أو الغموض .

وهناك فريق في هذا المذهب أقل تشددا ، يرى أن القاضي عليه أن يفسر النص الدستوري على أساس من المبدأ المستنتج بعدالة منه رغم أن ما يستنتج قد لا يكون له أية علاقة بضمير وتخيل مؤسسي الدستور ، وإذا كانت هناك نصوص تدعو لذلك الاختيار الآنف فإن هناك نصوصا تمنع ذلك ، وفي تلك النصوص الأخيرة ذات الطبيعة الواضحة لا داعي للاستعانة بأية مصادر أخرى في التفسير إذ يكفي صراحة النص .

وبالنسبة لعقوبة الإعدام مثلا فإنه رغم أن التعديل الثامن يجرم العقوبات الوحشية والقاسية ، إلا أن أصحاب مبدأ الحرفية - وهم قريبون لحد كبير من القصد الأصلي - يرون أن وقت وضع ذلك التعديل سنة ١٧٩١ كانت هذه العقوبة موجودة وظلت بعدها ، وكذلك يرى أصحاب هذا الفكر أن عدد المحلفين الذي لا بد وأن تجرى المحاكمة الجنائية بمعرفةهم يقصد به اثني عشر محلفا لأن هذا هو العدد الذي كان موجودا وقت التعديل .

ومن أقوى المؤيدين للفكر الحرفي القاضي والمرشح السابق للمحكمة العليا "Robert Bork" ، إن يرى سيادته أن هناك مجالات يجب ألا تسيطر عليها الأغلبية وتترك حرية الأفراد ويحدث طغيان الأقلية إذا حرمت الأغلبية من التحكم في المجالات المؤهلة لها ، والحكم في هذا الأمر مرده للمحكمة العليا حال قيامها بتفسير الدستور على النزاعات ، ويضيف بورك أن المجتمع وافق على أن يحكم بصورة غير ديمقراطية في مجالات محددة بواسطة مبادئ صلبة وصعبة مؤسسة بالدستور خلافا لإرادة الأغلبية .

والمحكمة العليا ليست ذات سلطة مطلقة ، وإنما عليها أن تقرر الشرعية التي تملكها - وليست تلك التي لا تملكها- ، وهي تلك التي تستطيع أن تظهرها في صورة أسباب مقبولة ومعقولة ، والشرعية المذكورة تستمد من الدستور ، وهي لا تجيز للمحكمة التصرف حسب ميولها وأهوائها ، وإلا عد ذلك انتهاكا للدستور مؤديا للطغيان سواء كان هذا الطغيان لصالح الأغلبية أو الأقلية .

وهكذا يرى بورك أن على المحكمة أن تظل مرتبطة بالنص الدستوري وتاريخه والتطبيقات العادلة له ألا تؤسس حقوقا جديدة . وإذا رأى أن من حق المحاكم تنفيذ العقود التي تنطوي على عنصرية رغم وجود فقرة الحماية المتساوية ، وأن حرية التعبير المحمية بالتعديل الأول لا تشمل أيا من التعبيرات العلمية والأدبية والفنية وإنما تقتصر على التعبير السياسي الذي لا ينطوي على الدعوة إلى تغيير الحكومة بالقوة .

ولقد كانت هذه الآراء هي السبب في إفشال ترشيح بورك للمحكمة العليا - كما أسلفنا- (17).

ومن الحرفيين أيضا - وإلى حد ما- القاضي هيجوبلاك والذي كان مؤمنا بحرية التعبير واندماج التعديل الرابع عشر في وثيقة الحقوق بمعنى أن هذا التعديل يؤدي إلى تطبيق التعديلات العشر الأولى أيضا على الولايات ، ويرى بلاك أن تأسيس حقوق من خارج الوثيقة الدستورية أمر خطير على الحرية الأمريكية وأن على المحكمة أن تقرأ الدستور بطريقة مباشرة و تعطى اهتماما كبيرا لكلماته ولا تحرف أو تغير من معانيه حتى يضمن موضوعية النتائج ولا يحدث الطغيان . وقد خشى بلاك من إعادة كتابة الدستور بحجة تفسيره ، واعترض على وجهة النظر التي ترى أن المحكمة العليا ستصل إلى حلول للمشاكل أسرع وأفضل من المشرع والسلطة التنفيذية .

وتتشابه مع بلاك أفكار القاضى سكاليا والذى رأى أن الكثير من الأحكام القضائية لا تكون على أساس مما عناء الدستور أصلا ولكن على أساس مما يفضل القضاة أن يعنيه الدستور .

وقد اتفق سيادتهما فى الطول المقترحة، ألا وهى التمسك - قدر الإمكان - بالمعنى الصريح للنص الدستورى فإن كان غامضا فيجب الرجوع للمعنى الأصلى. و أكد بلاك أن التوازن بين المصالح الحكومية والحقوق الشخصية لا يحققه قضاء اليوم ، إذ كان التنازع بينهما تحت م رأى واضعى الدستور، لذا وضعوا الدستور محققا التوازن ، ومن ثم يجب الاهتمام بكل كلمة من كلمات الدستور وأن يضع القضاة أنفسهم - حال تفسير الدستور - فى ذات ظروف الرجال الذين وضعوا الدستور .

وفى العديد من المجالات اتفق سيادتهما - نظرا لتقارب أفكارهما، فرفض كلاهما تطبيق مبدأ الإجراء الواجب قانونا فى المجال الاقتصادى بحسبانه سيمكن المحكمة من القضاء بعدم دستورية قوانين ، لا على أساس انتهاكها للدستور ، ولكن لأنها ستعد من وجهة نظر القضاة غير ذات معنى وغير عادلة وتحكيمية .

كما رفض كلاهما الإجراء الواجب فى المجال غير الاقتصادى كحق الخصوصية، ورأى سكاليا (18) أن الإجابة على الأسئلة المتعلقة بحق الخصوصية لا يجب أن يكون عن طريق الفرع القضائى ولكن عن طريق الفرع السياسى و إلا سوف تتعرض المحكمة العليا للأذى لما سوف تستقبله من ضغوط شعبية من المعتاد أن يتعرض لها الساسة بينما هى بحكم تكوينها غير مهية لذلك .

ونرى أن الحرفية الجامدة تطبيقاتها محدودة فى القضايا الدستورية بالنظر للتطور الذى ينجم مع مرور الوقت ، ولم يعد الفكر الحرفى الجامد يصلح إلا لتفسير الأمور التى لم تتطور أما تلك المتطورة فلا يناسبها إلا وسائل التفسير المرنة. ومثال ذلك: التعديل الأول «حرية التعبير والصحافة» ، التعديل الرابع «التفتيش والقبض غير المعقولين» ، التعديل الرابع عشر «الإجراء المشروع والحماية المتساوية».

٤ - السوابق، وتسمى، "Stare Decisis أو Precedent"

وهى وسيلة أقرب إلى فكر الحرفية بالنظر لأن الحرفيين يدعون للتمسك بتطبيقات النص الدستورى، والسوابق إما أن تكون دستورية أو غير دستورية أى فى مجال النصوص القانونية ، وتلك الأخيرة لا تهتم المحكمة بتتبعها قدر اهتمامها بالأولى ، وذلك لأن الكونجرس يظل بيده زمام تغيير السوابق غير الدستورية بوضع نصوص جديدة معاكسة . أما السوابق الدستورية فإنه لا يمكن تغييرها بغير إرادة المحكمة العليا إلا عن طريق التعديل الدستورى وهو الأمر الذى يندر حدوثه إذ لم يحدث سوى أربع مرات فحسب حتى تاريخه .

ويقول القاضى سكاليا إن القاضى قد يجد نفسه مكرها على تطبيق السابقة إلا أنه لا يفعل لما يكتشف حقيقة الأمر وهو أن الدستور هو الذى أقسم على مسانئته والدفاع عنه .

وتحاول المحكمة ألا تعدل عن سوابقها إلا حال الاضطرار ، لذا درجت على تجنب العلل عنها عن طريق أحد الأمرين (19) الآتيين:

الأول : هو طريق الأسباب العرضية "Obiter dicta" ، بأن تقرر المحكمة بأن ما ورد بالسابقة من أسباب لم يكن جوهريا للحكم ومن ثم لا يحوز الحجية وليس له أى قيمة كسابقة .

الثاني : التقرير بأن الوقائع فى السابقة مختلفة عن الوقائع فى القضية المعروضة عليها ومن ثم تستطيع حينئذ أن تقرر حكما جديدا ، دون العود عن السابقة، والمثال الواضح لذلك هو ما قرره المحكمة فى قضية سنة ١٩٨٢ من أن سجن الجنوبى داكوتا لدى الحياه وبدون كفالة لارتكابه سابع جنائية غير عنيفه يشكل عقوبة قاسية وغير عاديه مما يتعارض مع التعديل الثامن للدستور ، فى حين أن المحكمة قبل ذلك الحكم بثلاث سنوات كانت قد وصلت لنتيجة مغايرة، وقد بررت المحكمة التناقض بحجة أنه فى الواقعة السابقة كان هناك كفالة. وقد كتب رأى الأربعة المخالفين رئيس القضاة بيرجر مقررًا أن حكم اليوم لا يمكن إرجاعه لأساس منطقي بالمقارنة بالحكم السابق⁽²⁰⁾ .

وصفوة القول أن المحكمة إذا لم تستطع الإبقاء على السابقة استنادا إلى الأسباب العرضية من ناحية أو التقرير باختلاف الوقائع من ناحية أخرى ، فإنها عادة ما تنتقل إلى مرحلة العود عن السابقة والتي تبدأ أولا بمحاولة الحد منها وتنتهى بالعود الصريح عنها وذلك على التفصيل الآتى :-

أ - الحد من السابقة :-

وذلك كما حدث بالنسبة لقضايا الضرائب ، حيث قررت المحكمة بداية أن الطعن على أهداف الإنفاق الحكومى غير مقبول بالنظر لأن رافع القضية يستوى فى مركزه القانونى مع الملايين من دافعى الضريبة ولا يمكن تمييز مصلحة خاصة له مختلفة عن مصلحة الباقين ، ومن ثم فإن الضرر الذى أصابه هو ضرر غير مباشر⁽²¹⁾ ، ويجب للطعن أمام المحاكم الفيدرالية أن يكون الضرر مباشرا . وبعد ٤٥ سنة قررت المحكمة وضع استثناء على هذا المبدأ الصريح لما قضت⁽²²⁾ بأنه إذا رفع الطعن استنادا لتجاوز الحدود الدستورية التى تمكن الكونجرس من فرض الضرائب وإنفاق النقود فإنه يقبل استنادا إلى الحق فى اللجوء للقضاء المنصوص عليه بالتعديل الأول من الدستور .

وفى قضية Roe سنة ١٩٧٢ قضت المحكمة العليا بحق المرأة غير المقيد فى الإجهاض خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل ثم عادت وقيدت الأمر نسبيا، لما قضت بعد ذلك بأن الحق فى الإجهاض ثابت للمرأة وليس للحكومة التدخل فى الأمر بصورة غير مشروعة أو بدون مراعاة الإجراء الواجب قانونا "due process"، وهكذا أشارت المحكمة إلى إمكان التدخل المشروع بمراعاة الإجراء الواجب قانونا وهذا نوع من التقييد لسابقة Roe .

ب - الإلغاء الصريح للسابقة :

يكون هذا الإلغاء عندما لا تجد المحكمة وسيلة أخرى لتجنبه ، وإن حدث فإنه حينئذ يتم بصيغة واضحة ، ووفق أحد الإحصاءات فقد تم إلغاء (١٠٥) سابقة فى الفترة من ١٩٥٢ إلى ١٩٩٠ منهم ٧٢ سابقة دستورية والباقى فى المجال غير الدستورى .

ومثال ذلك : أنه فى سنة ١٩٦١⁽²³⁾ قضت المحكمة بأنه لا يجوز الإدانة على أساس دليل تم الحصول عليه من قبض أو تفتيش غير مشروعين وعلى ذلك يعدل عن سابقة المحكمة سنة ١٩٤٩ والتي سمحت فيها المحكمة لموظفى الولاية بالاعتداد بالدليل غير المشروع .

والخلاصة أنه لا يوجد قاض يكتب من فراغ فلا شك من أنه يعود إلى الماضى والذى يشمل الأحكام السابقة والميراث الفقهي ، وكل حركة أو أمر هام فى التاريخ الأمريكى أنتج غالبا قضية رائدة أدلت فيها المحكمة بدلوها ، ومن ثم كان يديهما النظر فى السوابق .

ومن القضاة من يشدد إيمانه بالسوابق القضائية ويؤثر بشدة في حكمه مثل كاردوزو ، إذ كان يرى أن القاعدة التي حكمت النزاعات السابقة يجب أن تحكم النزاعات التالية .

كما رأى القاضي ويت (24) أن السوابق القضائية هي الأساس إذا رغب في اتفاق الأحكام القضائية مع القانون ، وعندما يطلق أمر التقدير مطلقا للقضاة ، فعندئذ يغدو الحكم مجرد ممارسة للإرادة القضائية المحكمة والحلول غير المتوقعة .

ويلاحظ أنه في الحقبة الأخيرة أصبحت السوابق سريعة الإلغاء فيمكن إلغاء سوابق لا يزيد عمرها بحال عن ثلاث أو أربع سنوات، ولاحظ أحد المراقبين أنه لو كانت الأغلبية في محكمة وارن أو بيرجر تعتقد أن هناك مبدأ قد تقرر في سابقة على سبيل الخطأ فإنها سوف تعدل عن هذه السابقة دون تردد (25) .

٥ - القيم الأساسية :

يعتبر البعض أن الرجوع الى القيم الأساسية هو أوسع طرق التفسير بحسبانه دعوة للنشاط القضائي .

ومرجع هذا الرأي إلى أن القيم الأساسية تسمح للقضاة بتفسير النص استنادا إلى تطبيقاته الدستورية «السوابق» ، والمبادئ الأساسية والقانون الطبيعي والأعراف الوطنية والقيم المثالية .

وتوجد فقرات دستورية مثل الإجراء الواجب قانونا تدعو المحكمة الى وضع تخومها وحدودها ، وهنا تكون المحكمة هي الخالقة والواضعة لتلك القاعدة الدستورية ، وهناك فقرات تدعو لتدخل أقل مثل القبض والتفتيش غير المعقولين ، إذ فيها يكون دور المحكمة رسم تخوم أقل من سابقتها ، إذ تدعو تلك القاعدة لمنع الاقتحام الحكومي للأشخاص والأوراق والديار دونما سبب مبرر ، وقد استخدمت المحكمة هذه الوسيلة من التفسير باقتدار بالغ وأدت دورها الدستوري على أكمل وجه عدا في بعض فترات الردة مثل فترة المواجهة مع روزفلت بشأن الحقوق الاقتصادية .

٦ - هدف النص الدستوري وقت تطبيقه .

يذهب أنصار هذا الطريق إلى ضرورة مراعاة الوقت الذي يطبق فيه النص الدستوري حال تفسيره .

ويؤسس هذا الطريق على ركيزة من العيوب الكثيرة التي تظهر من التمسك بالقصد الأصلي ، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة القصد لجماعة من الناس أمثال أولئك الذين وضعوا الدستور لاختلاف أهوائهم وأمزجتهم ولندرة الوثائق التي ترشد إليه ، إذ إن أوراق الفيدراليست التي يعتمد عليها في الوصول لهذا القصد في حقيقتها نوع من الدعاية السياسية.

ورأى القاضي بريين (26) أنه لا يوجد قصد لواضعي الدستور في معظم المشاكل المعاصرة ، وقد اختلف الصائغون فيما بينهم أشد الاختلاف الأمر الذي حدا بهم إلى وضع نصوص الدستور بصورة فضفاضة تختفي تحت عبائتها خلافتها .

وإذا كانت الحماية المتساوية لم يقصد بها أن تنطبق على المرأة ، إلا أن الملاحظ أن المحكمة العليا لم تلتزم بذلك .

وهكذا فإن الدعوة نحو الرجوع لقيم تاريخ وضع الدستور تؤدي حقيقة إلى التعمية والجهل

بالتطور الاجتماعي ، وتؤدي الى عدم الموازنة مع الظروف الاجتماعية، مثل ذلك الذي حدث في قضية *Olmstead v. United States* والتي أعلن فيها رئيس القضاة "Taft" أن الحماية الدستورية المقروضة بالتعديل الرابع ضد القبض والتفتيش غير المبررين لا تنطبق على التسجيلات التليفونية لأن هذا النشاط لا يدخل في معنى التعديل الرابع وعليه فهو نشاط غير محرم.

وعلى عكس ذلك يؤمن المهديون بأن الأسئلة الجديدة لا يجب الإجابة عليها بالبحث في قصد واضعي الدستور وإنما بالبحث في النتائج العملية التي يخشى منها المشرع الدستوري ، فلما كانت التسجيلات قصد منها إقامة دليل بدون أمر تفتيش فمن ثم فإن الأمر يكون غير مشروع لتهديده للخصوصية الشخصية المحمية بالتعديل الرابع .

وهكذا لا يجوز البتة التقيد بقصد المشرع وقت وضع النص لما سلف ، إضافة الى أن القصد الحقيقي للمشرع - وليس الظاهري - هو وضع عبارات فضفاضة تسمح باستيعاب صور التطور المختلفة وتدعو للاجتهاد المستقبلي في الأمر ، ومثال ذلك تحريم العقوبات الوحشية والقاسية وفقرة الإجراء المشروع والحماية المتساوية .

والتفسير الهادف للنص الدستوري - حقا - هو الذي يحقق القصد المستهدف للمشرع الدستوري والذي يضع الإطار والفكر العام ويترك التطبيقات لظروف الحال والتطور ، ويمكن تشبيه المشرع الدستوري بالآب الذي يوصي أبناءه بضرورة مراعاة العدالة في سلوكهم ، وبالطبع فإن الآب في ذهنه أمثلة تطبيقية وعملية للحالات الظالمة إلا أنه لا يقبل بالطبع أن يتقيد مفهوم الظلم بتلك الأمثلة فحسب وذلك للأميرين الآتين (27):

أولهما : رغبته في تربية الأطفال على قدرة الخلق والابتكار ولمواجهة المواقف التي لم يتخيلها هو أو لا قدرة له على تخيلها .

ثانيهما : تقبل الآب لفكرة التصحيح للمفاهيم والمعتقدات التي في خاطره إذا ما اقنعه أحد أطفاله بأن سلوكا يعتقده عادلا لا يعد كذلك أو العكس . فإذا حدث أي من هذين الأمرين فلزالت تعليمات الآب محل احترام ولم تتغير .

وهكذا يحث الآب أبناءه حقيقة على الالتزام بفكرة العدالة *concept of fairness* وليس بصور العدالة التي في خاطره *conception of fairness*. ونرى أن أنسب وسائل التفسير الدستوري في أمريكا - وفي مصر (28) أيضا- هو ألا يحصر القاضي نفسه داخل تخوم مذهب تفسيري معين وإنما عليه أن يداخل ويزاوج بين مذاهب أو طرق التفسير كلما أمكن ذلك ، وحسبما يقتضيه واقع الحال المائل أمامه .

ونرى أنه إذا كان المعنى المباشر يصلح للأخذ به فعلى القاضي أن يلتزمه ومثال ذلك تمثيل كل ولاية في مجلس الشيوخ بشيخين (مادة ٣/١ من الدستور) أو وضع حد أدنى لسن رئيس الولايات المتحدة (٥/٢٤)، وإذا كان ذلك المعنى المباشر غير قائم فعلى القاضي أن ينتقل إلى السوابق القضائية المفسرة للنص فإن لم يجدها أو وجدها ولكن اكتشف عدم تناسبها أو الحاجة إلى تغييرها وهجرها، فهنا عليه أن ينتقل إلى محاولة تفسير النص وفق قصد واضعيه أولا ، وهنا يجب استخدام أقصى درجات المرونة والفهم إذ إن القصد درجات - حسبما أسلفنا - ويجب محاولة التوصل إلى القصد الضمني إذا صعب التوصل للقصد الأصلي ، وذلك ما راه الرئيس لنكون حال تطبيقه على حكم المحكمة في قضية العبد

مردسكوت ، إذ رأى أن حكم المحكمة العليا برئاسة ثاني بأن انتقال العبد إلى إقليم حر لا ينهي عبوديته قد أخطأ بأن أغفل القصد الضمني لوضع الدستور ، المتعلق بالعمل على تطوير المساواة بين المواطنين وإنهاء العبودية وذلك حسبما تسمح به الظروف .

وهكذا كان يجب النظر إلى الهدف الذي سعى إليه واضعو الدستور وليس إلى تطبيقهم هم لهذا الدستور ، فالعبرة بالمبادئ الضمنية المشتقة من النص وليس بما يمكن ظهوره من تحليل ممارستهم. ويجب تفهم أن غموض الكثير من العبارات الدستورية لم يكن عن خطأ ولكن عن عمد حتى تكون هذه العبارات ملينة بالمعاني ومخزنا يمكن النهل منه لصالح الأجيال المستقبلية .

وإذا راعى القاضى الطرق المذكورة فى التفسير بما يتلائم مع ظروف الحال فهو واصل لا محالة إلى الحكم العادل المتوقع.

وإذا كان قضاة المحكمة العليا يختلفون فيما بينهم كبشر ، وهو أمر طبيعى إلا أنه فى إطار من العمل المشترك بينهم فإنه يمكن تحقيق نوع من الثبات والاستقرار للتفسير الدستورى .

المبحث الثانى

قيم القضاة الشخصية

نظرا لأن قضاة المحكمة العليا عادة لا رغبة لهم فى الوصول لمناصب سياسية ولأن مناهضهم دائمة ومن ثم لا يخضعون لمدأ المسئولية الانتخابية ، ولأن أحكام المحكمة نهائية ، فإن الوسائل الفنية فى التفسير المذكورة فى المبحث الأول والتي يستخدمها قضاة المحكمة للوصول إلى قضاء فى الأمر لا ينال من حقيقة أن الأمر مرجعه نهاية إلى القيم الشخصية التى يؤمنون بها ، وذلك فى إطار من تقدير وقائع القضية ، وما تلك الوسائل والطرق إلا من قبيل الفنيات التى يصوغ بها القضاة قيمهم الشخصية ، أو على أقل تقدير فإن القضاة ينتمون إلى طريق أو وسيلة من هذه الوسائل استنادا إلى قيمهم الشخصية .

وفى أى من الحالتين يظهر جليا أن قيم القضاة الشخصية هى الأساس فى تحديد الحكم الذى تصدره المحكمة وهى تتأثر كثيرا بالذهب الدينى فقد يفسر رأى القاضى فى بعض الأحيان بالنظر لأنه كاثوليكي⁽²⁹⁾.

ويلاحظ وكما قال بنيامين كاربوزو الذى أصبح يعد ذلك عضوا بالمحكمة أنه داخل كل منا نهر من الميول ، سواء سميتها فلسفة أم لا ، وهى تعطيه التماسك والاتجاه فى التفكير والفعل ، والقضاة لا يهربون من هذا التيار أكثر من أى شخص آخر⁽³⁰⁾ . ويمكن تقسيم الاتجاه الفكرى لقاضى المحكمة العليا إلى قسمين : قسم متحفظ وآخر متحرر ، ومعظم المواضع التى تشملها القضايا الدستورية تشمل نزاعا بين أوضاع المتحفظين والمتحررين ويمكن تقسيمها لثلاث مجموعات:

الأولى : وتسمى مجموعة الحرية مثل مسائل الحريات المدنية والتى تشمل الحقوق الإجرائية مثل حق المتهم الجنائى ، والحقوق الموضوعية مثل حرية التعبير وحرية الديانة ، ويلاحظ أن الموقف المتحرر مع هذه الحقوق والموقف المتحفظ يعطى وزنا أكبر نسبيا للقيم التى تتنافس مع هذه الحقوق مثل

القدرة على مكافحة الإجرام بجدارة.

الثانية : يطلق عليها مجموعة المساواة وهي تشمل المواضيع المتعلقة بالادعاء بوجود معاملات فيها تميز وتفرقة وينطبق عليها التعديل الرابع عشر للدستور ، ويميل موقف الأحرار لمساندة هذه الادعاءات بينما يميل المحفظون إلى تقليل التعاطف معها .

الثالثة : وتسمى مجموعة المعاملة الجديدة "new dealism" ويمكن أن نطلق عليها أيضا مجموعة التنظيم الاقتصادي وتشمل هذه المجموعة المسائل المتعلقة بالتنظيمات الاقتصادية الحكومية، ويلاحظ أن الموقف المتحرر تجاهها قد يكون معقدا بعض الشيء إذ يميل لتأييد التشريعات التنظيمية التي في صالح العمال بون أصحاب الأعمال بينما يميل الموقف المتحفظ إلى معارضتها .

ويحدث بالطبع أن تتواجد قضايا لا علاقة لها بالجاميع السالفة مثل النزاع بين الولايات على حقوق المياه، كما يحدث أن يكون هناك نزاع بين قيمتين متحررتين مثل النزاع بين حرية الصحافة وحق المتهم الجنائي في محاكمة عادلة.

هذا ويمكن أن يحدث تغير في وجهة نظر المحكمة أو أغليبتها تجاه موضوع معين، والعادة أن القاضي يكون لديه ثبوت في تفكيره ، ويحدث أحيانا أن مركز القاضي داخل المحكمة يتغير للتحويل في ثقل المركز الأيديولوجي للمحكمة، فالقاضي ستيوارت على سبيل المثال اتجه ناحية الجانب المتحرر للمحكمة، ويرجع ذلك أساسا إلى أن التعيينات الجديدة ككل في السبعينات حركت المحكمة تجاه الجانب المتحفظ.

ولكن قد يحدث التغيير في آراء القاضي نفسه بمرضى الزمن ومثال ذلك القاضي "هارى بلاكمان" والذي عينه الرئيس نيكسون سنة ١٩٧٠ حيث تحالف في البداية مع القضاة المتحفظين، وكان صديقا لرئيس القضاة "بيرجر" نظرا لنشأتهما المشتركة بيمينسوتا حيث كان يطلق عليهما "توم مينسوتا" ولكن تدريجيا تحرك تجاه وسط المحكمة وأصبح يتفق مع القاضي المتحرر برين أكثر مما كان يتفق مع بيرجر ولما سئل عن ذلك أشار إلى أنه قد أصبح هناك هدف شخصي له، وهو أن يمنع المحكمة من الانغراس السريع تجاه اليمين المتحفظ وأنه من الطبيعي أن يحدث التغيير في المواقف، إذ إن الإنسان ينضج بمرضى السنين⁽³¹⁾. ومعنى ذلك وحسب استنتاج أحد المراقبين أنه يرفض القاعدة التي تقرر استقرار الموقف الأيديولوجي للقاضي.

والأكثر شيوعا من التحول الأيديولوجي الشخصى هو التحول في وجهات نظر القضاة كمجموعة تجاه مسائل محددة بتأثير من الظروف الخارجية، فمثلا عندما بدأت الحرب الباردة مع الاتحاد السوفيتي في أواخر الأربعينات فقد أدى ذلك إلى أن كثيرا من الأمريكيين قد أصبحوا ينظرون إلى الحزب الشيوعي بصفته يمثل تهديدا للأمن القومي، وتأثر غالبية قضاة المحكمة العليا بذلك وشاركوا وجهة النظر هذه وعلى أثر ذلك أيدوا الإدانة الجنائية لقادة الحزب الشيوعي في قضية (Dennis v. United States)

ويمثل ذلك أن نمو حركة مساندة حقوق المواطنين السود في الخمسينات والستينات قد أدى لزيادة المساندة الشعبية لتلك الحقوق وتعاطف معظم القضاة بالمحكمة العليا وعلى إثره ألغت المحكمة إدانة متظاهري الحقوق المدنية الذين تم القبض عليهم.

ويمكن أن نضرب مثلا ثالثا - أقدم زمينا من سلفيه - ويوضح الأمر بصورة أكبر، إذ يبين منه

أن مجرد زوال الظروف البيئية المحيطة تؤدي إلى عودة القضاة إلى سابق عهدهم.

ويظهر ذلك جليا في قضية *Gobitis* (32) والتي تلخص في أن المذكور كان يهودي الديانة، وربي ولديه على ركيزة عن الرفض لفكرة تقديس الأصنام، ومن ثم فقد رأى أن تعليمات مجلس مدرسة طفليه بتحية العلم مخالفة لديانتهم.

ولما امتنع الطفلان عن تحية العلم تنفيذا لأمر أبيهم، فصلتهما المدرسة، وقد رفع الأب دعوى ضد مجلس المدرسة متهما إياه بأن تعليماته تنتهك التعديل الأول والذي يحمي حرية الدين، وقد كسب *Gobitis* أمام المحاكم الدنيا، وأمام المحكمة العليا كان الوقت حرجا وحساسا، إذ كان ذلك سنة ١٩٤٠ في وقت كان هنتر فيه قد غزا أجزاء كبيرة من أوروبا وعلى وشك غزو إنجلترا وكان هناك خشية أن يغزو أمريكا ذاتها.

وهكذا ظهرت الحاجة الشديدة لدعم الوطنية في الولايات المتحدة الأمريكية ولو على حساب حرية الدين، لذا ذهبت أغلبية المحكمة المكونة من ثمانية إلى أن تعليمات مجلس المدرسة محل الطعن لا تنتهك الحرية الدينية، ولم يعترض على هذا الحكم سوى القاضي ستون.

وبعد عامين ويتأثير زوال احتمال غزو أمريكا من قبل هنتر، زال إلى حد كبير الظروف البيئية المؤثرة على موقف القضاة، فعدل عن موقفه كل من القضاة بلاك وميرفي وبوجلاس، وأكفوا أن حرية الديانة يجب أن تكون لها الأولوية.

وبعد ذلك بسنة ولما أصبحت هزيمة هنتر وشيكة عدلت المحكمة عن سابقة *Gobitis* (33).

ويمكن أن نضرب مثالا رابعا لتأثير العوامل البيئية على قضاة المحكمة بأن نمو حركة حقوق المرأة والمطالبة بمساواتها بالرجل في السبعينات عنها في الستينات قد جعل القضاة المتحفظين في السبعينات أكثر تعاطفا مع تلك الحقوق عن القضاة المتحفظين والمتحررين أيضا في الستينات، رغم أنه من المفترض أن القضاة المتحفظين قليلو التعاطف مع تلك الحقوق.

ويحدث التغيير في موقف المحكمة أيضا بتأثير من التعيينات الجديدة بها حيث يؤدي ذلك إلى وجود قضاة ذوي ميول مختلفة عن سابقهم مما يؤدي إلى التغيير في كثير من الأحيان. وتاريخ المحكمة العليا منذ الخمسينات يظهر هذا الأمر، فمحكمة "وارن" حال بدايتها كانت مقسمة بين المتحررين والمتحفظين وفي الفترة من ١٩٥٨ حتى ١٩٦١ كان هناك أربعة قضاة متحررون وخمسة متحفظون ولكن تحفظهم بمقارنة التحفظ في العشرينات يعتبر معتدلا.

وفي سنة ١٩٦٢ أحدث الرئيس كيندي تعيينين بالمحكمة فقد عين المعتدل بيرون وريت محل المتحفظ ويتكر وعين المتحرر أرثر جولدبرج محل فيليكس فرانكفورتر، ولأشك أنه في محكمة منقسمة انقساما يكاد يكون متكافئا فإن التعيينين ساقى الذكر يفيرا من الأمر، وقد تعزز ذلك بتعيين "ثيرجونيما رثال" في سنة ١٩٦٧ ليحل محل توم كلارك وقد سبق ذلك سنة ١٩٦٥ تعيين أبي فورتاس بدلا من جولدبرج، وعلى أثر ذلك فقد أصبحت الفترة من ١٩٦٢ إلى ١٩٦٩ أكثر فترات المحكمة تحررا.

وفي الفترة من ١٩٦٩ إلى ١٩٧١ استطاع الرئيس نيكسون بأربعة تعيينات جديدة أن يعيد المحكمة إلى الاتجاه المتحفظ من جديد.

هذا وبجانب اتجاه القاضي المتحفظ أو المتحرر والذي يؤثر على قراره فإن هناك مسألة يختلف

فيها القضاة وتسبق اتجاههم وهي موقف القاضي من النشاط القضائي، بمعنى أن القضاة قد يختلفون في نظرتهم للمحكمة العليا وبورها فقد يميل القاضي إلى النشاط القضائي وقد يوجد آخر يميل إلى فكرة التقيد القضائي وإحجام المحكمة عن التدخل ولتضرب مثلا لتوضيح الأمر.

ذات مرة سئل القاضي هولز عن العدالة فأنجاب بأنها ليست وظيفته وإنما وظيفته أن يلعب اللعبة حسب قواعدها⁽³⁴⁾، بينما في موقف مشابه لعت عينا القاضي بلاك وطارت يده اليمنى وأكد أن دوره الأساسي هو أن يقر العدالة.

وقد يكون القاضي متحفظا أو متحررا ورغم ذلك مع أو ضد النشاط القضائي.

ففي العشرينات وأوائل الثلاثينات كانت المحكمة تلغي التشريعات الاقتصادية الحكومية بتأثير من القضاة المتحفظين الذين آمنوا بضرورة تدخل المحكمة في هذه المجالات، بينما كان المتحررون ضد هذا التدخل ومع سياسة العوائق القضائية، وبعد ذلك انعكس الحال منذ الأربعينات حيث كان النشاط القضائي مؤيدا للحريات المدنية وضد التشريعات المناهضة لذلك ويتأثير من إيمان الأحرار بالأمر بينما كان المتحفظون معارضين ومع سياسة العوائق والإحجام القضائي عن التدخل.

المبحث الثالث

نص القانون محل الطعن

من القضاة من آمن بأن الحكومة الأمريكية هي نظام مصمم لحماية حقوق محددة من خلال قيود دستورية مفروضة على الأغلبية، ومن ثم فإن مهمتهم كقضاة بالمحكمة العليا أن يعكسوا قيمهم السياسية على أحكامهم لضمان النتائج الصحيحة، وفي الثلاثينات كان القاضي Sutherland يؤمن ليس فحسب بأن الدستور يحمي⁽³⁵⁾ الملكية من التنظيمات التشريعية المتدخلة ولكن بأن واجبه كقاض هو حماية الملكية من هذه التشريعات، كما كان القاضي بلاك صاحب نظرة أوسع من سلفه إذ يؤمن ليس فحسب بضرورة حماية حق الملكية ولكن كافة الحقوق التي تضمنتها وثيقة الحقوق.

و القضاة الذين هم على شاكلة القاضيين سالفى الذكر، لا يمنعمهم نص القانون بحال من القضاء بعدم دستوريته، وهكذا لا يشترطون في النص أن يكون ناطقا بعدم الدستورية.

بينما يوجد آخرون يرون أن دور المحكمة هو تبني ما تتخذه الحكومة الديمقراطية، والرقابة الدستورية هي عملية مضادة لرغبة الأغلبية وللديمقراطية وأمثال هؤلاء لديهم ميل أقل لكبح أعمال المشرع، إذ طالما أن الدستور من الصعب تفهم معانيه، فيجب احترام رغبات المشرع، ولو كانت لا تتفق مع ذاتية القاضي نفسه.

ومثال ذلك أن القاضي ستون كان شخصيا لا يتفق مع الكثير من تشريعات المعاملة الجديدة لبرينلت، ومع ذلك كان يؤيدها ويختلف مع زميله Sutherland، حيث كان يؤكد دوما أن المحكمة العليا يجب أن يكون لها دور متواضع في هذا الأمر، إذ إنها ليست الهيئة الوحيدة المفترض فيها القدرة على الحكم ووزن الأمور⁽³⁶⁾.

ونجد أن هاري بلاكمان وستيوارت صوتا لتأييد عقوبة الإعدام، ومع ذلك صرح بلاكمان بعدم

تعاطفه معها ، بل إن ستيرورات قرر صراحة بأنه لو كان مشرعا ما صوت أبدا لصالحها .

ونجد أيضا أن رئيس القضاة بيرجر كان من رآيه أن السياسة التي تحرم التعليم على الأجانب المتواجدين بالبلاد بصورة غير شرعية ليس لها معنى وعنفية وخاطئة ورغم ذلك كان منشقا على إلغاء هذه السياسة (37).

وخلاصة الأمر أن القضاة من الفئة الأخيرة لا يذهبون لعدم دستورية النص التشريعي إلا حال وضوح ذلك .

ولكن الفئة الأكبر من القضاة لا تقصيها حالة النص على تبني سياسة محددة .

ويعد غير صحيح ما قرره القاضي روبرتس من أن دور المحكمة فحسب هو أن تضع النص القانوني المعيب في مواجهة النص الدستوري الذي انتهكه وتعلن ذلك بحكم قضائي ، ومن ثم فإن ما تملكه المحكمة من سلطة حقا هو قوة الحكم .

وقد أراد روبرتس بذلك أن ينفي أن المحكمة تلغي عمل ممثل الشعب وهو الكونجرس .

ونرى أن حالة النص المطعون في دستوريته نادرا ما تسمح بهذا الدور السلبي وإنما لابد من دور إيجابي لقضاة المحكمة العليا يعتمد على استنتاجاتهم لعنى القانون المطعون فيه .

المبحث الرابع

البيئة المحيطة بالمحكمة

إن ذلك العامل له تأثير محدود على المحكمة بالنظر لأن المحكمة العليا تتمتع أعضائها بالعضوية بها مدى الحياة، ومن ثم فهي تختلف عن البرلمان والرئيس الذين يتم انتخابهما، ولذلك لما سئل القاضي (هارولد بيرتون) عن شعوره لما انتقل من الكونجرس للمحكمة العليا أجاب أنه نفس الإحساس الذي يشعر به المرء لما ينتقل من السيرك إلى الدير (38).

وانعزال المحكمة وسموها يرجع أيضا إلى وجود قيود رسمية وعملية تمنع من نشاط جماعات المصالح تجاهها إضافة إلى كونها الجهة القضائية العليا ومن ثم لا تراجعها محكمة أخرى .

ورغم التأثير المحدود بالبيئة المحيطة فسوف نعطي نبذة عن تأثير عوامل تلك البيئة وهي :

(أ) **الرأى العام** : إن الرأى العام بالطبع تأثيرا على المشرع بحسبان أن أعضاء الكونجرس يربون ضمان إعادة انتخابهم والتقدم السياسى إضافة لشعورهم ببعض المسؤولية فى تمثيل وجهة نظر الأحزاب الممثلين لها، لكن بالنسبة للمحكمة العليا فإن قضائها لا يعتمدون على الرأى العام لكى يحتفظوا بامكانتهم وقليل منهم لديه الاهتمام بمناصب أخرى بالإضافة الى أن المحكمة ليست جهة تمثيل، وعليه نجد أن هناك دورا محدودا للرأى العام على المحكمة ونجدها تتبنى أحيانا سياسات غير شعبية بالمرّة مثل أحكامها بتحريم الصلوات المنظمة فى المدارس العامة وكذا مساندة المحكمة المتهمين الجنائيين وبالأخص فى الستينات .

ومع ذلك قد يكون للرأى العام بعض التأثير على المحكمة وذلك للشعور السائد لدى القضاة بأنه

كلما رأى الناس المحكمة بصورة صالحة كلما كان الاحتمال الأكبر أن يتمشوا مع سياساتها.

ولعل ذلك الاهتمام كان له دور حقيقي فيما قرره المحكمة في قضية براون ضد مجلس التعليم حيث وضعت المحكمة جدولا تدريجيا لمنع التفرقة العنصرية في المدارس بدلا من أن تضع إجراء فوريا، وهذه المرونة من المحكمة كانت بناء على حسابات اتخذت وتوصلت لأن تلك المرونة مطلوبة للحصول على موافقة الجنوبيين على المبدأ العام لمنع التفرقة العنصرية وذلك رغبة في ضمان مساندة الرأي العام للمحكمة، بل إن المحكمة مراعاة منها للرأي العام ورغبة منها في اكتسابه وفرض هيبتها عليه تعتمد أن تسند كتابة بعض أحكامها الهامة لرئيس القضاة، مثلما حدث في قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية الولايات المتحدة ضد نيكسون سنة ١٩٧٤.

ويحدث في حالات قليلة أن نجد قضاة لهم مصالح شخصية في شهرة أعمالهم وقد يرجع ذلك إلى رغبة القاضى أن يكون محبوبا ، أو إلى طموحه في الحصول على منصب سياسى مستقبلى في الحكومة كما حدث لوليام بوجلاس والذي كان على ما يبدو له بعض الطموح كرئيس.

وأخيرا قد نجد أن الرأي العام قد يكون هاما لأنه هو الأساس الشرعى لتفسير ما جاء بالدستور مثل التعديل الثامن والذي يحرم العقوبات القاسية وغير المألوفة والتي يعتد فيها بوجهة النظر الحالية للرأي العام. وهناك قلة من الفقهاء أمنت بأهمية أكبر للرأي العام ، وقد أعد بعضهم دراسات تؤكد ماأمروا به ومنهم جازيانو وتوماس مارشال⁽³⁹⁾ نعرضها على النحو التالى :

١- دراسة السيد Gaziano

درس هذا الفقيه العلاقة بين اتجاهات الرأي العام وأحكام المحكمة المتعلقة بضمانات التعديل الأول وتوصل لما يلي:

أولا : عندما أقل من ٤٠٪ من المواطنين يؤيدون الضمانات الواسعة للتعديل الأول فإن المحكمة العليا عندئذ تضيق وتقيد منها.

ثانيا : عندما تتزايد الرغبة الشعبية عن النسبة السالفة فإن المحكمة العليا تمد ضمانات التعديل الأول بصورة أكبر من ذي قبل رغم أن الزيادة التي طرأت على الرغبة الشعبية لم تجعل تلك الرغبة تتجاوز ٥٠٪.

واكتشف الفقيه المذكور أن ٦٠٪ من الأحكام المقيدة من ضمانات التعديل الأول تصدر في الأوقات التي تهبط فيها المساندة الشعبية لهذا التعديل. وعلى الإجمال فإن كل الأحكام المؤيدة للتعديل الأول تحدث إما في فترات المساندة الشعبية المرتفعة أو في الفترات التي تشهد انخفاضاً في النسب في طريق إلى التزايد ، وعلى النقيض تصدر الأحكام المضيق من حدود التعديل الأول حال انخفاض المساندة الشعبية.

وهكذا استنتج سيادته أن الأحكام المتعلقة بالتعبير الحر مرتبطة بالرأي العام.

٢- دراسة توماس مارشال

قام هذا الفقيه بدراسة تأثير الرأي العام على المحكمة العليا وركزت دراسته على الفترة من ١٩٣٦ إلى ١٩٨٦ ، وقسم الأحكام الى أحكام شعبية تتفق مع اتجاهات الأغلبية ، وأخرى مضادة لها.

وتركزت دراسته على الأحكام الدستورية ، واهتم بتصنيف القانون إلى فيدرالى ومحلى وتوصل سيادته للنتائج الآتية:

أولا : أيدت المحكمة العليا ٨٠٪ من القوانين الفيدرالية المتفقة مع الرغبة الشعبية.

ثانيا : أيدت المحكمة العليا ٣٦٪ من القوانين الفيدرالية التى لا تتفق مع الرغبة الشعبية

ثالثا : أيدت المحكمة العليا ٤٧٪ من قوانين الولايات المتفقة مع الرغبة الشعبية.

رابعا: أيدت المحكمة العليا ٢٤٪ من قوانين الولايات غير المتفقة مع الرغبة الشعبية.

وقام بتصنيف القضايا إلى الأنواع الآتية :

١- قضايا الحريات الأساسية .

٢- القضايا الاقتصادية.

٣- القضايا فى أوقات الأزمات.

وقارن بين أحكام المحكمة العليا فى كل نوع وتوصل إلى أن المحكمة تتفق مع الرأى العام وفقا لما يلى:

- فى مسائل الحريات تتفق بنسبة ٦٦٪ وفى غيره بنسبة ٥٠٪.

- فى المسائل الاقتصادية تتفق بنسبة ٦٩٪ وتقل النسبة إلى ٥٩٪ فى غيرها.

- فى أوقات الأزمات تتفق بنسبة ٨٠٪ وتقل النسبة إلى ٦٧٪ فى غيرها.

وقد استنتج مارشال أن المحكمة العليا تميل إلى الخضوع لرغبات الرأى العام بالنسبة للقانون الفيدرالى أكثر من قانون الولاية و تميل إلى الاتفاق مع رغبات الشعب بصورة كبيرة خلال أوقات الأزمات ، ومن ثم فإن المحكمة إجمالاً تتفق مع الرغبة الشعبية فى ٦٢٪ من الأحوال وتخالفه فى ٣٨٪ فقط.

ومن ثم كشفت هذه الدراسة عن حقيقة اهتمام المحكمة بالرأى العام فى حكمها وأنها حقيقة ليست كيانا معارضا للأغلبية.

ب- الإعلام والمجتمع القانونى :

١- الإعلام : يربط المحكمة بالشعب وهو إعادة مشاهدة لأعمال المحكمة ، وقد أظهر بعض القضاة بعض الحساسية لنقد الصحافة، وحدث ذات مرة أن كتب القاضى ستورانت لإحدى الصحف محتجا على نقدها لأحد الأحكام⁽⁴⁰⁾.

وفى قضية (Gannett v. De Pasquale) سنة ١٩٧٩ قضت المحكمة بأن القضاة يمكنهم أن يحجبوا الجمهور بما فيه الصحافة عن حضور المحاكمات وهذا يعنى أن التعديل الأول والذى يحمى حرية التعبير أو الصحافة لا يعطى الجمهور الحق فى أن يحضر المحاكمات، وقد حدث انتقاد كبير لهذا الحكم بالصحف على أثره تراجعت المحكمة سنة ١٩٨٠ فى قضية (Richmond newspaper v.

(Virginia) وقضت أن التعديل الأول يضمن حضور الجمهور لمعظم المحاكمات.

وقد قرر أحد الصحفيين وهو "أنتوني لويس" أنه يشك في أن المحكمة كانت ستغير اتجاهها بهذه السرعة لولا النقد الذي تعرضت له.

٢- المجتمع القانوني : له دوره الهام بحسبان أن القضاة يستمدون كثيرًا من أفكارهم من ذلك المجتمع فكثير منهم يحتفظ بعلاقاته مع المحامين وقضاة المحاكم الدنيا رغم تعيينه بالمحكمة العليا، كما أن القضاة يستفيدون من المجتمع القانوني بصفته خبيرًا مقيمًا لأعمال المحكمة، وبالأخص يستفيد القضاة من المجالات القانونية التي تنشر بواسطة كليات الحقوق وقد ينقل القاضي فقرة منشورة بمجلة لمساندة رأيه.

ج- الخصوم وجماعات المصالح:

لاشك في وجود بعض التأثير الناتج عن الخصوم وجماعات المصالح ومايقدموه من مناقشات شفوية ومذكرات مكتوبة.

وقد قال القاضي هارلن ذات مرة إن المنازعات الشفوية قد تكون في كثير من الأحيان الفارق بين المكسب والخسارة⁽⁴¹⁾.

ولا شك أن خبرة وكيل النيابة في مكتب المدعى العام تساعد في نجاح الحكومة في أن تقبل طعونها للاستماع ويشبه ذلك خبرة المحامي.

ولكن يلاحظ أن ذلك التأثير الكبير على الاستماع للقضية ينقص عند الحكم فيها كما في معظم القضايا التي تكون للمحكمة فيها عقيدة سابقة أو رغبة في الحكم بطريقة معينة، ففي قضية جيديون والتي أقرت فيها المحكمة حق المتهم الجنائي الفقير في استشارة محام كان القاضي فورتاس وقتها محاميا شهيرا وخصمه محام ضعيف الإمكانية ورغم ذلك قيل إن فصاحة وطلاقة فورتاس كانت ضربا على باب مفتوح، وعليه فإن فصاحة وقوة المحامي تكون لها تأثير في القضايا التي لا يكون للقضاة عقيدة سابقة فيها أو ميل قوى للحكم فيها بطريقة معينة.

د - الكونجرس⁽⁴²⁾.

يؤثر الكونجرس بشكل كبير على سلطات المحكمة فقد يحد من سلطاتها الاستثنائية أي سلطاتها في الاستماع للقضايا، كما فعل سنة ١٨٦٨ لكي يمنع المحكمة من الحكم على دستورية تشريعات إعادة البناء، كما أن الكونجرس يتحكم في ماهيات قضايا المحكمة العليا وإن كان لايسطيع أن يخفصها، ويتحكم الكونجرس في عدد القضاة رغم أن عدد تسعة الذي استقرت عليه المحكمة قد أصبح من الصعب تغييره.

هذا وقيام الكونجرس بالتشريع الموضوعي ربما يؤثر على المحكمة بصورة كبيرة إذ قد يقوى أو يضعف السياسات التي صنعتها المحكمة في مجالات معينة وقد يقصد منه إيقاف اتجاه معين للمحكمة. وإذا كان الكونجرس على صلة بالمحكمة بهذه الصورة فإننا نجد أنه من الصعب أن يكون أعضاء المحكمة غير مهتمين بأعمال الكونجرس، فقد يشكل القضاة ضغطا مباشراً داخل الكونجرس ضداً أو مع تشريع معين، ومثال ذلك الجهود التي بذلها رئيس القضاة تافت ليصدر القانون القضائي (the judiciary act) سنة ١٩٢٥ وهذا القانون أعطى للمحكمة العليا حرية اختيار واسعة ، كما أن

بعض أعضاء المحكمة تدخلوا للعمل على هزيمة روزفلت عندما لجأ إلى خطة تكليس المحكمة سنة ١٩٣٧، كما أن رئيس القضاة بيرجر كان نشيطا في الدعوة للتشريعات التي تؤثر على المحكمة وكذا المحاكم الفيدرالية .

هذا ونجد أن سياسة المحكمة أحيانا تحركها الرغبة في تأخير الكونجرس عن تقديم تشريع يهاجم المحكمة فيه بطريقة أو بآخرى، وعليه نجد أنه خلال عدة فترات زمنية في تاريخ المحكمة كان يحرك القضاة هدف تجنب الأحكام التي قد تستثير الكونجرس كما حدث مع مارشال في أوائل القرن ١٩.

وبعد الحرب الأهلية تراجعت المحكمة عن النزاع مع الجمهوريين لذا وافقت على النص الذي يزيل سلطتها في مراجعة تشريعات إعادة البناء.

وأكثر الحالات وضوحا لما غيرت المحكمة من موقفها المعارض لتشريعات المعاملة الجديدة سنة ١٩٣٧ في حين كان الكونجرس ينظر في خطة الرئيس روزفلت لتكليس المحكمة.

وفي الفترة من سنة ١٩٤٥ إلى سنة ١٩٥٧ تبنت المحكمة سياسات المستقلين في عدة مجالات وبالتالي أثارت قدرا كبيرا من عدم الارتياح مع الكونجرس ومع الشعب ككل، وخلال هذه الفترة تقدم العديد من أعضاء الكونجرس بقوانين تهاجم سياسات المحكمة وتحد من سلطتها القضائية، وقليل منها هو الذي حصل على اهتمام جاد وعلى أثر ذلك تراجعت المحكمة عن سياساتها، الأمر الذي وصفه أحد المعلقين بأنه انسحاب تكتيكي (a tactical withdrawal)⁽⁴³⁾. وفي الفترة من ١٩٥٠ وحتى تاريخه لا يوجد تأثير ملحوظ على المحكمة من رد فعل الكونجرس .

هـ: رئيس الولايات المتحدة؛

له عدة وسائل يؤثر بها على المحكمة فهو يساعد في عملية الخصومة أمام المحكمة بتعييناته التي يجريها للمدعى العام ، كما يمكنه الوقوف مع أو ضد المحكمة في الكونجرس، كما يمكن أن يساعد في تطبيق سياسات المحكمة أو رفض ذلك، كما أن الرئيس هو الذي يرشح أعضاء المحكمة ولهذا دوره الكبير في التأثير على مآلنتيجة المحكمة بعد ذلك، ولهذا نجد أن بعض القضاة مثل أبي فورتاس قد احتفظوا بعلاقات جيدة مع الرئيس.

المبحث الخامس

دور رئيس المحكمة

إن مهام رئيس القضاة كبيرة ومتعددة وخطيرة، وهذا مانع ثاني رئيس للولايات المتحدة بعد الرئيس جورج واشنطن وهو المدعو جون أدامز أن يقول إن مهام رئيس قضاة المحكمة العليا تفوق مهام رئيس الولايات المتحدة.

والحقيقة أن لرئيس المحكمة سلطات رسمية وغير رسمية ومكانة تسمح له بالتأثير على زملائه.

وأهم سلطة رسمية للرئيس هي رئاسته للمحكمة في الجادات الشفوية وفي المؤتمر إضافة إلى أنه أول من يتحدث فيه ، وقبل كل ذلك يحدد الرئيس كشف المناقشة "Discuss List" وهو الكشف

الذى ينطوى على القضايا التى سوف تبحث المحكمة ما إذا كانت ستقبلها من عدمه ، وبالتالي فإن المستبعد من هذا الكشف يرفض تلقائياً ، وإذا كان الرئيس فى جانب الأغلبية فهو يحدد القاضى الذى سيتولى كتابة الرأى.

ويحدث أن ينتمى الرؤساء للأغلبية خصيصاً حتى يتمكنوا من تحديد من يكتب رأى المحكمة - وحتى لا يكتسب هذه السلطة أقدم الأعضاء فى الأغلبية ، ومن الرؤساء الذين درجوا على ذلك رئيس القضاة بيرجر ، حيث كان يؤخر الإفصاح عن رأيه حتى تشكل الأغلبية وتتضح فينتهى إليها رغم أن العرف قد جرى على أن الرئيس يفصح عن رأيه أولاً.

وقد حدث أن داعبه القاضى ستيوارت ذات مرة فرسم مقبرة له وكتب عليها عبارة "لن ألعب الآن" (44).

وقد استطاع رئيس القضاة إيرل وارن أن يحدد من يكتب رأى المحكمة فى ٨٠٪ من الأحكام التى صدرت طيلة رئاسته للمحكمة، ويهدف الرئيس من العهد بكتابة الرأى إلى قاض معين إلى تقوية الأغلبية بأن يعين أكثر الأعضاء توسطاً (45) فى الأغلبية كى يتمكن من جذب الآخرين وتقديم وجهة متحدة أو شبه متحدة للمحكمة ، كما قد يسعى الرئيس عن طريق تلك السلطة إلى تحقيق سياسته الشخصية بأن يكتب الرأى بنفسه أو يسنده لأقرب أعضاء المحكمة إليه أيديولوجياً. ورغم كل ماسلف فإن وسائل قيادة الزملاء داخل المحكمة غير كافية على ما يبدو ، وهذا ما أوضحه رئيس القضاة رنكوست عندما ذكر أن قضاة المحكمة العليا ليسوا مروجين حقيقة لرئيس القضاة ولا يستطيع أن يواجههم بالنظر لأنهم مثل رئيس القضاة لديهم الحق فى الاستمرار بالخدمة طالما سمعتهم حسنة ، وهم مستقلون لاسلطان عليهم ، وأقصى ما يستطيعه رئيس القضاة أن يحاول إقناعهم بمسارته (46).

وإزاء ما تقدم فلا بد أن يتوافر لدى رئيس القضاة مقدرة سياسية إضافة إلى تلك القضائية ، ومعظم رؤساء القضاء الأفاضل جاؤا من مناصب سياسية ، فمارشال كان وزير داخلية الرئيس جون أدامز ، وتانى كان وزير مالية ، وهيوز رشع من قبل الحزب الجمهورى فى انتخابات سنة ١٩١٦ ضد الرئيس ويلسون إلا أنه فشل ورشح بعد ذلك كرئيس للقضاة ونجح ، وانتخب إيرل وارن محافظاً لكاليفورنيا ثلاث مرات .

وهكذا على رئيس القضاة حتى ينجح أن يتوافر لديه الحس السياسى والقدرة على التعامل مع جميع فئات الشعب بطبقاته المختلفة.

وقد أكد رنكوست ذلك عندما قرر بأن رئيس القضاة لا يجب أن يكون فقيهاً فحسب وإنما يجب أن تتوافر فيه إضافة للحس القضائى القدرة على التخطيط. وعلى ذلك يجب أن يتسلح رئيس القضاة بالمهارات السياسية حتى يتعامل مع زملائه شديدى الاستقلال، وحتى يكون قادراً على إظهار المحكمة بصورة جيدة أمام أعين الشعب.

ويعد جون مارشال من أكفأ رؤساء القضاة إن لم يكن الأكفأ وقد قاد المحكمة طيلة ٣٤ عاماً وكتب أكثر من نصف آراء المحكمة فى كل القضايا المروضة عليها وتقريباً كل آراء المحكمة الدستورية عدا تسعة اعترض عليها، وتأثر زملاؤه فى المحكمة كثيراً به.

وكان يمتلك رؤية واضحة للاحتياجات الدستورية للوطن الوليد ظهرت جيدا طيلة فترة حكمه عامة، وفي قضية ماربري سنة ١٨٠٣ خاصة، وقد وجد مارشال الدستور قصاصة من الورق فجعله قوة ووجده هيكلا عظيما فكساه لحما كما حول المحكمة العليا إلى إدارة منسقة تمام التنسيق مزودة بالسلطة النهائية لحماية الدستور⁽⁴⁷⁾.

ولا يقل عن مارشال كثيرا رئيس القضاة - هيوز - والذي قاد المحكمة في الفترة من سنة ١٩٣٠ حتى سنة ١٩٤١ واعتبر رئيسا عظيما بل ليس له مثيل في القرن العشرين.

وكان هيوز فذا في تقديمه للحقائق القانونية لزملائه والتي تثيرها القضية ، وموهوبا في تحريك زملائه تجاهه حتى المشاكسين منهم، وكان يعطي أصغر القضاة الإحساس بأهمية رأيه حتى وإن اختلف معه ، وكان قادرا على توجيه الحوار رأسا إلى الموضوع وذلك في المؤتمر القضائي، ورغم أن هيوز كان رئيسا للقضاة خلال فترة الثلاثينات التي شهدت الصراع مع روزفلت فقد وجه خطابا للجنة القضائية بمجلس الشيوخ يعلن فيها رفضه لخطة تكديس المحكمة ولما عدت المحكمة عن موقفها المعارض انضم للأغلبية المؤيدة لسياسة المعاملة الجديدة ، وهجر رأيه القديم.

وكان مارشال وهيوز يمتلكان القدرة على فهم نقاط الضعف والقوة في زملائهم القضاة، وامتلكا القدرة على قيادة المحكمة والتعامل باحترام وفاعلية مع الزملاء.

وكان شاغل كليهما⁽⁴⁸⁾ تنمية وتطوير الاحتياجات الأساسية الدستورية للدولة، وظهر ذلك واضحا في الأحكام الصادرة في عهدهما.

ونجد مثلا أن رئيسا مثل وارن بيرجر كان لا يمتلك موهبة القيادة أو القدرة على تضيق هوة الخلاف مع معارضيه⁽⁴⁹⁾ عكس إيرل وارن الذي نجح في القيادة رغم صعوبة الظروف التي كانت تحيط بالمحكمة في عهده، وبخاصة في ظل وجود زملاء ربما أكثر منه كفاءة قانونية مثل بلاك وبوجلاس ، إضافة إلى انقسام المحكمة انقسامًا متكافئا في عهده بين المتحررين والمتحفظين.

المبحث السادس

مدى تجاوب القضاة مع بعضهم وطبيعة العلاقات بينهم

إن أحكام المحكمة العليا يمكن القول بأنها تتخذ وتشكل بصورة شخصية بصورة مجتمعة بمعنى أن القاضي يعمل بعيدا عن زملائه ويسانده حجاب من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه يتداول مع زملائه في المؤتمر ويؤثر ويتأثر برأيهم ، وتحدث تلك المناقشات خارج المؤتمر أيضا، ولعل مايشجع على ذلك هو الرغبة الداخلية لكل قاض في أن تصدر الأحكام بالإجماع، وهذا التجاوب يؤدي مفعوله حيث يؤثر في الحكم النهائي الذي يصدر عن المحكمة إذ يحدث أن يكون ذلك الحكم النهائي مختلفا تماما عن الاتجاه المبدئي ، فرأى المحكمة بتشكيل نتيجة المداولات بين القاضى المعين لكتابة الحكم وزملائه ومن ثم يحدث أن يختلف ذلك الرأي تماما عن مسودته الأولى، وهذا ماحدث مثلا في قضية (United States v. Nixon) سنة ١٩٧٤ ، والتي فيها كان الرأي الأصلي لرئيس القضاة بيرجر غير مرضى عنه من عديد من زملائه وبالعامل والمداولة سويا توصل القضاة للحكم النهائي والذي صدر بالإجماع ونشر باسم بيرجر⁽⁵⁰⁾.

والحقيقة أن تغيير القاضي لموقفه المبدئي في المؤتمر قد يحدث نتيجة دراسة مستقلة يجريها القاضي بنفسه ولكن غالبا ما يتم تحول المواقف نتيجة تأثر القاضي بزملائه ، وهذه المرونة القضائية التي تؤدي إلى تحويل الاتجاهات للوصول لآراء جماعية لعل أبرز أمثلتها هو قضية (Brown v. Board of Education)⁽⁵¹⁾ والتي كانت المحكمة مبدئيا منقسمة بصدها ثم استطاعت التوصل لحكم جماعي.

هذا وقد يحدث نوع من التداخل بين القيم الشخصية للقاضي ومدى تجاوبه وتأثره بالجماعة ، فنجد مثلا أن القاضي المتحفظ الذي يميل في المؤتمر لموقف متحذر يكون من السهل التأثير عليه عن طريق زملائه المتحفظين ليغير من موقفه عند إصدار الحكم النهائي. وفيما عدا رئيس القضاة فإن القضاة الآخرين لديهم فرص متساوية للتأثير، لكن ومثل أي إنسان يحدث الاختلاف في مدى استغلال ذلك ، وقد قال دوجلاس عن زملائه ستون و فرانكفورتر إنهم كانوا مبشرين بمعنى أنهم يسعون دائما للتأثير على زملائهم بأرائهم، بينما نجد أن دوجلاس كان في أقصى الناحية المضادة إذ إنه كان قاضيا لا يهتم بإطلاقا بالسمي للتأثير على زملائه ويكتب عنه كنوع من السخرية - بأنه يكون حزينا إذا اتفق أحد الزملاء معه في المحكمة في ذات الرأي.

ولا جدال في أن مهارة العقلية القانونية والقدرة على المجادلة والإقناع تساعد القاضي في التأثير على زملائه ، وينطبق ذلك على كل من جون هارلن ولويس باول.

ويلاحظ أن المهارة وحدها لا تصلح للإقناع إذ لا بد أن يكون القاضي على علاقة حسنة بزملائه ، فالقاضي جيمس ماكربنولز مثلا كان غريبا عن زملائه، ومن ثم فقد فرصته في التأثير عليهم، وحتى يمكن تفهم الأمر جيدا فإن الأمر يحتاج إلى دراسة تفصيلية لحالة كل من القاضيين فرانكفورتر وبلاك⁽⁵²⁾.

أولا : القاضي فرانكفورتر :

هاجر من النمسا سنة ١٨٩٤ إلى أمريكا وكان سنة وقتها اثني عشر عاما، ولم يكن يتكلم الإنجليزية لكنه سرعان ما أجادها ، وبخل كلية حقوق هارفارد وتخرج أول دفعته ، وفي بداية عمله المهني عمل كمساعد للمدعي العام بنيويورك ، وذاع صيته كاستاذ لعلم القانون الدستوري والإداري واشتهر عنه أنه كان من المدافعين عن الحقوق المدنية وكان عضوا مؤسسا في اتحاد الحريات المدنية وكتب العديد من المقالات المؤيدة لتلك الحقوق.

وصادق المذكور فرانكلين روزفلت وكان مستشاره الأمين بصورة غير رسمية - إبان كان روزفلت محافظا لنيويورك - ولما أصبح الأخير رئيسا للولايات المتحدة لم يتوقف عن استشارة فرانكفورتر ، وعرض روزفلت عليه العديد من المناصب الرسمية إلا أنه رفضها جميعا، ولما عرض عليه ترشيحه كقاض بالمحكمة العليا أجابه فرانكفورتر بسعادة بأنه كان يتمنى لو كانت والدته على قيد الحياة لترى ذلك، وعين بالفعل سنة ١٩٣٩ .

ثانيا هيو جوبلاك :

عين بلاك قبل تعيين فرانكفورتر بستينين بالمحكمة العليا أي في سنة ١٩٣٧ ، ولم تكن ظروفه العائلية والدراسية تؤهله لأن يتوقع منه قيادة المحكمة مثل فرانكفورتر ، فلم يكن خريجا لها رفارد ولا ناصحا أميناً لرئيس البلاد، إذ كان خريجا لكلية حقوق الاباما واشتهر كمحام على المستوى الابتدائي

للولاية، وفي سنة ١٩٢٥ رشح نفسه في انتخابات مجلس الشيوخ عن ولاية ألاباما ونجح، وساند سياسة المعاملة الجديدة لروزفلت إبان كان عضوا بمجلس الشيوخ وأكد أنها تتفق مع المبادئ الدستورية. وهاجم بعنف سياسة المحكمة المتحيزة مع هذه السياسة .

وبدأ دوريلاك القياى بالمحكمة يظهر سنة ١٩٤١ في قضيتين منضمتين (٥٣) تخلص وقائعهما في أن أقوالا كتبت بالصحف اعتبرت ازراء لمحكمة الولاية الأمر الذي دفع إلى توقيع عقوبة جنائية على مقترفي ذلك على أساس من تهمة ازراء المحكمة.

ولما طعن أمام المحكمة العليا على أساس من مخالفة الأمر لحرية التعبير المحمية دستوريا بالتعديل الأول، كتب بلاك رأى المحكمة وبتبعه المعينون من قبل روزفلت عدا فرانكفورتر.

وأكد بلاك على أنه لا يجوز تحريم الكلام، وأنه يعد افتراضا خاطئا الاعتقاد بأن احترام القضاء لا يتأتى إلا بمنع نقده ، إذ يخطئ صاحب هذا الاعتقاد في تقييم دور الرأى العام الأمريكى.

فمن عظمة أمريكا أنها تسمح للمرء أن يقرر ما فى عقله رغم أن مذاقه قد لا يكون مستملاحا من قبل مؤسسات الدولة.

وأكد بلاك أن التعديل الأول يمنع الحرية طبقا للدستور ، وأن ذلك يشتد ساعده مع الأيام.

وقد احتج فرانكفورتر مؤكدا أن سلطة الازراء هى وسيلة المحاكم لحماية استقامة العملية القضائية ، ولايجوز إعطاء مكانة متميزة للتعديل الأول على حسابها .

ويؤثر التساؤل كيف فقد فرانكفورتر الآمال المتعلقة عليه كقائد للمجموعة الليبرالية بالمحكمة والتي عينها روزفلت ؟ وكيف تمكن بلاك من تولي زمام الأمور رغم أن التوقعات لم تكن ترشحه لهذه المكانة؟.

والإجابة على ذلك مرجعها إلى أن الزملاء تأثروا سريعا بشخصية بلاك ومهارته ونمطه فى التعامل معهم والذى اختلف عن فرانكفورتر الذى كان يميل إلى محاضرتهم وكانهم أقل منه، بينما عرف بلاك كيف يتواضع.

وهكذا كلما حاضر فرانكفورتر زملاءه كلما فقد تأثيره عليهم، وقد عاب فرانكفورتر أيضا أنه كان يتكلم بصورة سيئة عن زملائه الذين لا يتفقون معه فاتهم القاضى ميرفى بمحدودية الذكاء واتهم القاضيين بلاك وبوجلاس بالجوء لأسلوب المناورة السياسية، أما بلاك فلم يلجأ أبدا لأسلوب الإهانة الشخصية، ولم يحاول أن يفرض مايريد وإنما كان يعتمد على نتيجة المناقشة.

ونخلص مما سبق إلى أن سبب نجاح بلاك وفشل فرانكفورتر هو أسلوب التعامل مع الزملاء ، وذلك إضافة إلى أن الأول كان أكثر قدرة من الثانى على فهم دور المحكمة فى حماية الحريات الشخصية الواردة بوثيقة الحقوق، وخاصة فى ظل التطورات الحديثة المؤدية إلى توافر حكومة كبيرة ذات إمكانيات تكنولوجية عالية تمكنها من انتهاك الحقوق والحريات الشخصية.

وإذا كان هناك خلاف بين قضاة المحكمة بصورة شخصية فلا بد أن يؤثر ذلك على الحكم ، ففي العشرينات والثلاثينات كان القاضى ماكربنولز يخرج من قاعة المحكمة التى ينعقد فيها مؤتمرها الأسبوعى كلما تكلم القاضى لويس برانديس أول قاض يهودى بها.

ورغم صعوبة التوصل لحقيقة علاقة كل قاض بزميله داخل المحكمة إلا أن هناك مؤشرا عليها وهو الآراء التي ينشرها القاضي اعتراضا على الأحكام والغالب أنها محترمة ومهذبة إلا أنه يوجد بعض الاستثناءات على هذا الأمر⁽⁵⁴⁾.

ومن ذلك أن رئيس القضاة بيرجر كان قد وضع معايير في عهده لقياس مدى دستورية أعمال الحكومة التي تخالف فقرة السيادة في المجال الديني ، وأول تطبيق لتلك المعايير كان في قضية Lemon سنة ١٩٧١ وأطبقت بعد ذلك بصفة منتظمة وسميت *Lemon test* ، وحدث في إحدى القضايا سنة ١٩٧١ أن خرج بيرجر على تلك المعايير.

وهنا خرج القاضي برين في رأيه المحتج عن حدود اللياقة في اعتراضه وأكد أن طلبية القانون يمكنهم أن يصدروا حكما أفضل من ذلك⁽⁵⁵⁾.

وفي نهاية الثمانينات ونظرا لقيام الرئيس ريجان بإحداث تعيينات جديدة بالمحكمة تغيرت الأغلبية داخل المحكمة وتغيرت آراء المحكمة بصورة واضحة مع حدوث بعض الشجار بين قضاتها.

ومن القضاة حديثا نوى النبرة الحادة في النقد القاضي سكاليا وكان ينتقد المحكمة بعنف قبل دخوله لها، ولما دخلها لم تتغير نبرته.

وفي سنة ١٩٨٩ كانت رغبة سكاليا وثلاثة من زملائه منعقدة على تغيير ماسبق أن سنته المحكمة من قواعد خاصة بالإجهاض ، وكان يحتاج صوتا خامسا هو صوت القاضية ساندرا، ولما كانت ساندرا قد رأت أن هذه القضية ليست مناسبة لسن القاعدة الجديدة فقد هاجمها سكاليا بشدة ، وبصفة شخصية.

ولا شك أن هذا الهجوم - بفرض أن ساندرا كانت مترددة في الأمر - دفعها إلى أخذ وجهة النظر المعاكسة لسكاليا ، إذ ما الذي يدفعها لتبني وجهة نظر قاض يهاجمها، إذ إن الأمر حينئذ قد يفهم على أنها خشيت من الهجوم.

ونرى أن الشجار⁽⁵⁶⁾ بين قضاة المحكمة يستنزف من رصيد الاحترام الاجتماعي لها ويؤثر بشدة على اتجاهات الأحكام.

المبحث السابع

رأينا في الموضوع

إن الدراسة السالفة للعوامل التي تؤثر في صنع الحكم يمكن أن يستخلص منها أن المحكمة مثلها مثل الكونجرس ومؤسسة الرئاسة من حيث الحركة الداخلية فيها ، إذ يشترك القضاة في مجادلات ومناقشات قد تكون حادة في بعض الأحيان وذلك حال ممارستهم اختصاصهم تشابه المجادلات التي تحدث في الكونجرس حال قيامه بالتشريع ، وقد تحدث ضغينة بين القضاة كما يحدث بين أعضاء السلطة التنفيذية.

ولعل بعض المراقبين ينظرون إلى عملية صنع الحكم القضائي عن طريق المفاوضات والمجادلات كما أسلفنا على أساس أنها غير مشروعة أو على الأقل غير مستحبة باعتبار أن المحكمة كيان مستقل

عن السياسة ، ورغم ذلك فإننا نرى أن ذلك لازم للوصول إلى الإجماع في الأحكام و إلى تحقيق السياسة المرغوبة لقضاة المحكمة ، وعليه وكما رأينا فإن هناك عناصر مختلفة تؤثر في صنع الحكم ولعل أهمها على الإطلاق هو القيم الشخصية للقضاة لأن القانون عادة مايكون غير واضح وغير حاسم والعوائق البيئية - وكما أسلفنا - محدودة التأثير.

ولذلك فإن قضاة المحكمة العليا وإلى درجة كبيرة يكونون أحرارا في اتباع الخطوط السياسة التي يفضلونها، لهذا فإن عملية اختيار أعضاء المحكمة العليا تعتبر هي أهم مسألة في تحديد اتجاهات المحكمة مستقبليا.

وعلى ذلك فإن تغير سياسة المحكمة مثلا من الاتجاه المتحرر في الستينات إلى الاتجاه المتحفظ في السبعينات والثمانينات إنما يرجع أساسا إلى التعيينات التي أجراها نيكسون بعد فوزه في انتخابات سنة ١٩٦٨ بفارق ضئيل ، ولو أن منافسه هيبيرت همفري قد بذل مجهودا أكثر للفوز أو كان أكثر حظا وفاز لاستمرت المحكمة في اتجاهها المتحرر لأنه من الطبيعي أنه كان سيعين قضاة متحررين لانتماء ذلك المنافس للحزب الديمقراطي، ولكن من الطبيعي أن العوامل الأخرى المؤثرة في صنع الحكم لها دور وربما توضح السبب في أن محكمة متحفظة مثلا قد تتخذ مواقف وأحكام متحررة في بعض الأحيان، ورئيس القضاة النشط والمؤثر يمكن أن يسير زملاءه وراءه ومن ثم فإن الذي يريد تحليل وتفهم مواقف المحكمة عليه أن يتقبل ويطل العناصر المتعددة التي تؤثر في عملية إصدار الأحكام.

الفصل الثالث

مبدأ التقييد الذاتي

تقسيم :

يقوم ذلك المبدأ على أساس مجموعة من الضوابط تحكم القضاء الدستوري أثناء مباشرته للرقابة تمنعه من الإفراط في الرقابة وتحدّه عن التفريط فيها في ذات الوقت.

ولقد نشأ ذلك المبدأ نشأة أمريكية خالصة ، وتأثرت به إلى حد بعيد محكمتنا الدستورية بعد ذلك.

ولهذا سوف ندرس هذا المبدأ حسبما نشأ في أمريكا في مبحث أول ثم ندرس في المبحث الثاني ما لا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي ، وفي المبحث الثالث سوف ندرس المبدأ حسبما فهمته وطبقته محكمتنا الدستورية.

المبحث الأول

عناصر مبدأ التقييد الذاتي في أمريكا

المطلب الأول

ضرورة توافر متطلبات الادعاء حتى تتدخل المحكمة

لا يجوز تقرير عدم دستورية أعمال كونجرسية أو رئاسية لمجرد مخالفتها للدستور دون توافر عناصر القضية الدستورية ، فالمحكمة لا يجوز لها أن تعطي آراء استشارية أو تنتظر في قضية جدلية لا تركز على وقائع ملموسة وهي ما تسمى "moot case" ، فقد تبو المسألة نزاعاً في الظاهر بخلق من الخصوم إلا أنها في حقيقتها لا تعد كذلك ، وهكذا لا يجوز أن تصدر الأحكام القضائية لحساب شخص لا تتوافر فيه صفة الخصم لفرض آرائه السياسية على الحكومة.

وإسكاف المحكمة عن أن تقضى في قضية لا تتوافر فيها مقومات النزاع يمكنها من مراعاة مبدأ المسئولية الانتخابية للفرعين التشريعي والرئاسي ، فإن توافرت تلك المقومات فهنا تتدخل المحكمة وتعمل حكم الدستور.

ولما كانت المحكمة تمثل في الحقيقة عقل الأمة المفكر والضارب على نبض الواقع والذي يأتي لاحقاً لما يضعه الكونجرس من قوانين لا يعلم مدى فعاليتها وتأثيرها، فمن ثم فإن العمل القضائي يمتاز بأنه يأتي في مرحلة لاحقة للتطبيق العملي الأمر الذي يستلزم أن يتصل ذلك العمل بالقضايا الواقعية فقط⁽⁵⁷⁾. ومنذ عهد أول رئيس للولايات المتحدة وقد أكدت المحكمة العليا أنها ممنوع عليها دستورياً أن تعطي آراء استشارية "advisory opinions" والتي هي عبارة عن آراء حول دستورية أعمال تشريعية أو رئاسية لم تعرض على المحكمة إثر نظرها لنزاع ما، وكان ذلك بمناسبة أن الرئيس جورج واشنطن كان قد استفسر منها عن طريق وزير داخلية توماس جيفرسون عما إذا كان يجب عليه أن يسأل المحكمة بعض الأسئلة القانونية الناجمة عن الحرب بين إنجلترا وفرنسا، والتي كانت الولايات المتحدة محايدة فيها، فأجابته المحكمة بكل أدب مقررة بأن الأقرع الثلاثة للحكومة تقوم في إطار من الاحترام المتبادل ورقابة بعضها البعض، وأن كون المحكمة هي الملاذ الأخير يشكل سبباً للبحث في ملائمة القضاء في المسألة المقدمة، خاصة وأن السلطات المعطاة دستورياً للرئيس لاستدعاء رؤساء الأقسام واستشارتهم قصد بها الأقسام التنفيذية.

واعترفت المحكمة عما يمكن أن يسببه ذلك من إحراج للسلطة التنفيذية، إلا أنها استدركت وأكدت أنها تنق في قدرة تلك السلطة على الوصول لوجه الحق في الأمر⁽⁵⁸⁾.

ويتفرع عن فكرة النزاع ضرورة أن يكون المدعي في منزلة ومكانة معينين تمكنانه من الادعاء بحقه وإلا لا تقبل دعواه وذلك حسبما يبين من القضايا الآتية:

(١) قضية *Allen v. Wright* ⁽⁵⁹⁾

تلخص وقائعها في أن والدي أحد التلاميذ السود رفعوا دعوتهما ضد مصلحة الدخل الوطني، مصلحة الضرائب والمسماة "International Revenue Service" ويطلق عليها اختصار "IRS" ،

ادعيا فيها أن تلك المصلحة لم تقم بالتزاماتها القانونية تجاه المدارس الخاصة التي تحدث تفرقة عنصرية، وطالبا بإصدار أمر المنع "injunction" وهو أمر قضائي يكلف المصلحة بالكف عن عملها غير القانوني آنف الذكر .

وهذا العمل وفقا لوجهة نظر الوالدين يتمثل في أن التعليمات والتنظيمات والإجراءات المتعلقة بالمصلحة تلزمها في حالة الفشل في منع التفرقة أن تحرم تلك المدارس من الإعفاء الضريبي ، ولما كانت المصلحة لم تقم بذلك فإنها تكون مقصرة من ناحية ومشجعة على قيام التفرقة من ناحية أخرى. وقضت المحكمة الأدنى لصالح الوالدين.

ولما وصل الأمر للمحكمة العليا نقضت الحكم تأسيسا على أن المستفاد من نص المادة (60) الثالثة أن السلطة القضائية الفيدرالية تمتد للقضايا والنزاعات فقط، ومن ثم يجب أن يكون المدعي في منزلة معينة تتمثل في ادعائه بضرر شخصي نجم عن سلوك غير قانوني للمدعى عليه ويطالب بتعويض عنه. وهكذا يجب أن يكون الضرر المدعى به مميزا ولموسا "distinct and palpable" وليس خياليا أو ظنيا أو افتراضيا، ويجب أن يكون جبر الضرر ممكنا بحكم قضائي.

وهكذا فإن الشروط التي يجب توافرها في المدعي ليصل إلى منزلة الادعاء المقبول وفق المادة الثالثة من الدستور، مبنية على مبدأ الفصل بين السلطات والذي يمنع المحاكم القضائية من ممارسة سلطاتها القضائية ما لم يكن هناك نزاع يمكن حله عن طريق التدخل القضائي.

ولما كان المدعي يدعى في القضية الماثلة بأمرين:

أ - إنه أصيب بضرر مباشر من السلوك الحكومي المتمثل في إعطاء مساعدة مالية لمدارس التفرقة العنصرية.

ب - إن إعطاء الإعفاءات الضريبية الفيدرالية لتلك المدارس سوف يضعف من إمكانية تلقيه لمعاملة عادلة في المدارس العامة.

فقد ذهبت المحكمة إلى أن المدعي لا تتوافر فيه شروط الادعاء لأن الضرر المدعى حدوثه لا يمكن استمداده مباشرة من السلوك الحكومي المدعى عدم قانونيته ، إذ إن رابطة السببية في الدعوى ضعيفة "attenuated" وغير مباشرة والضرر ناجم عن سلوك شخص ثالث غير ممثل في الدعوى وهو الموظفون بالمدارس العنصرية وأبناء التلاميذ فيها، والذين جهودهم جميعا من ناحية أخرى لا يتصور تأثيرها على تلقى التلاميذ بالمدارس العامة لتربية لا عنصرية فيها.

وقد اعترض القاضي برين على ذلك الحكم اعتراضا له وجهته ، حيث أكد على وجود علاقة سببية مباشرة بين العمل الحكومي المطعون عليه وعدم القدرة على استقبال تعليم في المدارس العنصرية ، الذي يتأثر بصورة مباشرة وعكسية بالإعفاءات الضريبية المعلقة من جانب مصلحة الدخل الوطني، ولا جدال أن إلغاء هذه الإعفاءات سوف يقلل من قدرة تلك المدارس على إحداث التفرقة.

(٢) قضية Valley Forge Christian College v. Americans United (61)

في هذه القضية أوضحت المحكمة جيدا الحدود التي تفرضها المادة الثالثة من الدستور على سلطة القضاء الفيدرالي ومتى تكون المحاكم الفيدرالية قد التزمت حدود سلطاتها الدستورية ولم تخرج عن

مبدأ الفصل بين السلطات، حيث أكدت على ضرورة وجود ضرر فعلي قابل للإصلاح بواسطة المحاكم **"actual injury redressable by the court"** وذلك حتى تتحقق متطلبات المادة الثالثة من الدستور ، إذ لا يجوز أن تحل الأسئلة القانونية المقدمة للمحكمة في جو روحاني خال من المنازعات وإنما يجب أن يكون ذلك في إطار واقعي يؤدي لتقدير ملموس لنتائج العمل القضائي.

والمحاكم الفيدرالية تتنكر دائما للقضايا التي تريد أن تحول العملية القضائية لمجرد وسيلة للدفاع عن مصالح المتفرجين ، ولا يمكن مباشرة السلطة القضائية التي تؤثر بعمق على مصالح الأشخاص والحريات والممتلكات مالم يصب المدعى بضرر واقعي من الأعمال التي يريد قضاء من المحكمة تجاهها⁽⁶²⁾.

فهذه المحكمة تحجم عن أن تنظر في دستورية عمل الفرعين الآخرين مالم تكن ملزمة بذلك بأن يطلب الأمر الخصم الذي تستلزم مصالحة ذلك، ويجب أن يطالب المدعى بمصلحته هو لا بمصلحة شخص ثالث، ويجب أن تكون تلك المصلحة أخيرا تقع في الدائرة المحمية والمنظمة بواسطة القوانين أو النصوص الدستورية.

ونرى أن السماح للمدعي الذي لا تتوفر فيه شروط الادعاء **"standing"** بأن يطالب المحكمة بالقضاء في مسائل دستورية مهمة سوف يؤدي لاحتمال تشويه دور القضاء أو طغيان السلطة القضائية وسوف يسوئ علاقته بالفرعين الآخرين.

وهكذا فإن متطلبات الادعاء تمنع الانزلاق إلى حكومة القضاة.

(٣) الحكم في حالة انتشار الأضرار من جراء القوانين أو القرارات الرئاسية :

يحدث أن ينتشر الضرر الحادث من جراء قانون ما أو قرار ، فهل يجوز لواحد أن يطعن على أي منهما بعدم الدستورية ؟

سنتح للمحكمة العليا أن تجيب على هذا السؤال في قضية **"United States v Richardson"** ⁽⁶³⁾ ، حيث طعن أحد دافعي الضرائب بعدم دستورية قانون وكالة المخابرات المركزية (CIA) فيما قضى به من سرية نفقاتها لتعارضه مع البند السابع من الفقرة التاسعة من المادة الأولى من الدستور، والذي يقضى بأن ينشر من وقت لآخر بانتظام تقرير رسمي بإيرادات ومدفوعات جميع الأموال العامة.

وقد قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى استنادا لأن المدعي لا يتميز بوضع خاص عن غيره من دافعي الضرائب ، وأنه وإن كان من الممكن القول بأنه لا يوجد مدع سوف يتمكن من الطعن على القانون استنادا لذلك ، إذ أن يوجد شخص أو فئة تكون دعوها مقبولة، فإن ذلك نتيجة لا مفر منها ويجب أن يكون الأمر مرده للكونجرس وفق ما يحدده النظام السياسي ، إذ ينشئ الدستور حكومة ممثلة للشعب ومسئولة أمامه ويمكنه محاسبته عن طريق صندوق الاقتراع ، فإذا لم يرقم الكونجرس أو الرئيس بدوره فيمكن تغييرهما عندما يستطيع المواطنون المعترضون على السياسة المتبعة أن أي منهما إقناع غيرهم بما يشكل الأغلبية الكافية للتغيير.

ونعيت المحكمة إلى أن هناك مخاطر كبيرة بإحداث فساد لفاعلية المحاكم الفيدرالية إذا ماتم توسيع مصادر السلطة المحددة بالمادة الثالثة من الدستور بما يخرج المحاكم عن دورها الدستوري

والتاريخي لتقبل قضايا أحضرت أمامها بواسطة أشخاص لهم مصالح عامة لا يمكن تمييزها عن مصالح بقية المواطنين أو دافعي الضرائب.

(٤) وقد سمحت المحكمة العليا بالادعاء بضرر مستقبل ، حيث أكدت على توافر متطلبات الادعاء لجماعة⁽⁶⁴⁾ يئنة تقطن على ضفاف بحيرتين تم إنشاء إحدى المحطات النووية بجوارها ، وكان الطعن ينصب على عدم دستورية قانون يضع حدا أقصى للحدث النووي الواحد بمبلغ ٦٥٠ مليون دولار.

المطلب الثاني

قرينة الدستورية لصالح التشريع

بالنظر لما للرقابة الدستورية من حساسية عالية، وأثر عميق فإنه ينبغي أن تكون كل قرينة ممكنة لصالح دستورية التشريع المطعون فيه ما لم تنقض هذه القرينة بأقامة دليل قطعي يقضي حول كل شك معقول حول دستورتها⁽⁶⁵⁾. وبالإضافة لما تعنيه هذه القرينة من أن الأصل هو سلامة التشريع الصادر عن الكونجرس ، وأن على المدعى إثبات العكس ، فإنها تعني فوق ذلك أمرين : أولهما أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحا وقطعيا ، ولا يثير أي شك⁽⁶⁶⁾ .

وثانيهما أن المحكمة تتخير للتشريع المطعون عليه بعدم الدستورية التفسير الذي يجعله موافقا للدستور إذا كان يمكن منحه أكثر من تفسير، أما إذا كان الظاهر من صياغة أحكامه أنها لا تحتمل أي لبس في فهم معناها فيجب تفسيرها حينئذ وفقا للمقصود الحقيقي منها .

هذا وتختلف قوة القرينة باختلاف التشريعات فهي أقوى بالنسبة للتشريعات الاتحادية عنها بالنسبة لتشريعات الولايات.

وأساس ذلك أن القضاء الاتحادي حين يبحث في دستورية التشريعات من النوع الأول فهو حينئذ يراقب أعمال سلطة مساوية له من سلطات الدولة ويفترض فيها احترام الدستور وحدوده، أما حين تمارس حكومات الولايات اختصاصا تنازعها فيه الحكومة المركزية فحينئذ لا يكون ثمة ما يدعو لترجيح ادعاء الولاية فيما تذهب إليه وتكون المحكمة حرة في اختيار التفسير الذي ترجحه للقانون والدستور ، إلا أن القرينة المذكورة سرعان ما تعود إذا ماتعلق التشريع بموضوع لا خلاف على اختصاص حكومات الولايات بالتشريع في شأنه.

هذا ويقوى من القرينة أحد الأمرين الآتيين :

(١) أن يكون التشريع مقتبسا من تشريع مماثل صادر في ولاية أخرى، وتكون المحكمة العليا في هذه الولاية الأخيرة قد قضت بدستوريته⁽⁶⁷⁾.

(٢) قدم العهد بالتشريع واستقرار المراكز والحقوق استنادا إليه، وهذا القدم وإن لم يمنع القضاء بعدم دستوريته إلا أنه يدفع إلى التردد في القضاء بذلك.

ويلاحظ أخيرا أن قرينة الدستورية تتضال وتتحول لقرينة عكسية إذا كان التشريع يسعى لتنظيم مجال يمنع الدستور من التدخل فيه أصلا ، وأهم مجال في ذلك هو التشريعات المقيدة لحرية الرأي والتعبير. ولعل أوضح تعبير عن هذه الفكرة كانت قضية توماس ضد كولبن ، وقد دار البحث في تلك

القضية حول دستورية تشريع صادر في ولاية تكساس يمنع عقد اجتماعات أو الدعوة للانضمام إلى منظمة معالية مالم يحصل الداعي على بطاقة أو إذن سابق يشتمل على بيانات معينة رتبها القانون.

ولما عرض الأمر على المحكمة قالت إن هذه القضية تواجه المحكمة من جديد بالواجب الذي يلقيه على عاتقها الدستور، وهو أن تقرر متى تنتهي الحرية الفردية وتبدأ سلطة الدولة، وهذا التحديد وإن يكن صعبا وديقيا بطبيعته فهو هنا أدق وأصعب، حيث يوازن قرينة الدستورية المعتادة ما يمنحه التعديل الأول للحريات الأساسية المذكورة فيه من مركز دستوري ممتاز.

وبغض النظر عن مدى التأثير الذي تلقاه هذه الفكرة داخل قضاة المحكمة العليا فلا شك أن المحكمة تنظر بعين الشك والريبة ناحية كل محاولة من الحكومة المركزية أو حكومات الولايات لتقييد الحريات الفردية أو تنظيمها على نحو يتضمن انتقاصا منها، وبذلك تتضالع قيمة قرينة الدستورية بل تنعدم في بعض الأحيان، ويصل الأمر في أحيان أخرى إلى أنها تتحول لقرينة عكسية كما تقول بعض أحكام المحكمة.

المطلب الثالث

استبعاد الأعمال السياسية

استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور استبعدت المحكمة العليا الأعمال السياسية من نطاق رقابتها الدستورية.

وقد اعتبرها د. كمال⁽⁶⁸⁾ أبو المجد صورة أمريكية من صور أعمال السيادة المعروفة في النظامين الفرنسي والمصري.

وتقوم نظرية الأعمال السياسية على أساس استبعاد المسائل غير القابلة للفصل القضائي فيها من نطاق الرقابة.

ويتبنى المحكمة العليا لهذه النظرية فإنها تكون قد مزجت بين الاعتبارات الدستورية والسياسية⁽⁶⁹⁾.

وقد جاءت بداية هذه النظرية في قضية⁽⁷⁰⁾ *Luther v. Borden* والتي تلخص وقائعها في أن المتهمين اقتحموا منزل المدعي وقيضوا عليه فرفع دعواه طالبا التعويض عن ذلك الفعل، فدفع المدعي عليهم الدعوة بأنهم اقتطفوا الفعل الأنف بحسبانهم ممثلين لحكومة ولاية رود أيلاند ولتأدية واجبهم لاشتراك المدعي في العصيان المسلح ضد الحكومة الشرعية. ولما وصلت القضية إلى المحكمة العليا كتب الحكم فيها رئيس القضاة ثاني الذي قرر أن أساس الفصل في النزاع يتوقف على تحديد الحكومة الشرعية القائمة وقت اقتراح الفعل محل الموضوع، ولو أنكرت المحكمة الحكومة الشرعية وقتها لترتب على ذلك أن كل الأفعال الحكومية كالقوانين التي سبق إصدارها وتجميع الضرائب ودفق المهايا سيكون لا شرعية له، وستعد أفعال رجال الضبط فيها غصب للسلطة، بل قد تمثل أحيانا جرائم جنائية، وهو الأمر الخطير الذي يجب أن يوكل للسلطة السياسية تقريره وليس للمحكمة دخل به.

وعن استمسك المدعين بفقرة الضمان "Guaranty Clause" الواردة بالدستور، أكد رئيس المحكمة، أن هذه الفقرة إذا كانت تعطي السلطة لأحد أفرع الحكومة للفصل في المسألة المعروضة، فإنه باقلمع ليس هذا الفرع هو القضاء، وعلى الكونجرس أن يفصل فيمن هي الحكومة الشرعية للولاية إذ ينقص المحكمة

المعايير التي بواسطتها تستطيع أن تحدد الشكل الجمهورى للحكومة.

وأخيرا نبه تانى إلى عدم جواز تجاوز السلطة القضائية لاختصاصها بحجة فقرة الضمان وإلا كانت هذه الفقرة ضمانا للفوضى "anarchy" وليست ضمانا للنظام.

مسائل التقسيم

تعتبر مسائل التقسيم من المسائل التى استخدم فيها مبدأ الأعمال السياسية كثيرا، وقد نشأت مشكلة دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية فى الولايات المتحدة بسبب عدم العدالة فى رسم الدوائر الانتخابية والذي ساد طويلا من جانب المشرع الاتحادى ومشرعى الولايات ، حيث كان النمط الغالب فيها هو تقسيم الدوائر بطريقة تمكن المناطق الريفية التى يتركز فيها البيض من اختيار عدد كبير من النواب لا يتناسب مع عدد السكان، أما مناطق المدن التى يسكن غالبيتها ملونون، فإنه على الرغم من عدد سكانها فقد كانت لا تشترك إلا فى اختيار عدد محدود من النواب.

وقد أدى هذا الأمر إلى اختلاف القوة التصويتية "The Voting Power" بصورة صارخة بين البيض والسود.

وفشلت كل المحاولات السياسية لإعادة رسم الدوائر الانتخابية بصورة فعالة، بل إنه لما نجحت إحدى المحاولات عام ١٩٣١ فى أيلينوى وأصدرت الولاية تشريعا بإعادة تقسيم الدوائر بصورة عادلة أبطلته المحكمة (71).

وقد درجت المحكمة العليا على اعتبار مسائل إعادة التقسيم من قبيل المسائل السياسية التى لا يجوز توريطها فيها.

وفى سنة ١٩٦٢ عدلت المحكمة من ذلك لأول مرة فى القضية الشهيرة باسم Baker v. Carr⁽⁷²⁾. وتلخص وقائع تلك القضية فى أن بعض المصوتين بولاية تينيسى رفعوا دعوى طالبن فيها القضاء بعدم دستورية القانون الصادر سنة ١٩٠١ والذي وزع أعضاء البرلمان فى الولاية بين ٩٥ مقاطعة ، بحسبان أن عدد الأصوات الانتخابية التى روعيت فى ذلك التاريخ كأساس للتوزيع قد تغير مع مضي السنين نتيجة النمو الكبير فى عدد السكان، مع إعادة توزيعهم بنسب مختلفة على المقاطعات، وطالبوا بتحريم الانتخاب وفقا لهذا القانون وإجرائه وفقا للأشكال الفيدرالية أو عن طريق انتخابات على نطاق الولاية كلها كدائرة واحدة.

وكتب رأي المحكمة القاضى برين، وذهب إلى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وعدم انطوائها على أسئلة سياسية.

وقد ذكرت المحكمة فى حكمها معايير ستة لما يعتبر سؤالا سياسيا هى كالتالى :

- ١- وجود نص دستورى يلزم بنظر الأمر عن طريق قسم سياسى متساوى مع المحكمة .
- ٢- نقص المعايير القضائية التى تمكن من حل القضية.
- ٣- استحالة التقرير فى القضية إلا وفق سياسة مبنية يبدو جليا عدم اختصاص المحكمة بها.
- ٤- استحالة انتهاء المحكمة لحكم فى النزاع لا ينطوى على نقص الاحترام الكافى للفرعين

الآخرين بالحكومة.

هـ- الحاجة غير العادية للتمسك بقرار سياسي اتخذ بالفعل وليس محلا للقضية ولا يمكن الفصل فيها بدونها.

٦- أن يكون الأمر قد أدلت فيه العديد من الأقسام السياسية بدلوها مما يشكل حرجا على المحكمة.

وعن المعيار الأول والمتعلق بوجود نص دستوري يلزم بنظر الأمر عن طريق قسم سياسي متساو مع المحكمة ، فلعل أبرز مثال له ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الأولى من الدستور من أنه "يكون كل مجلس حكما في انتخابات أعضائه ونتائجها والشروط اللازم توافرها فيها".

وهذا النوع من المسائل من الواضح بحيث إنه - ربما- لا تحتاج المحكمة بشأنه إلى إثارة فكرة المسائل السياسية إذ يكفيها أن تشير إلى اختصاص غيرها بنظر المسألة ومن ثم عدم اختصاصها هي بذلك.

وعن المعيار الثاني المتعلق بنقص المعايير القضائية التي تمكن من حل القضية فإن مثاله بعض المسائل - وليس كلها - المتعلقة بالسياسة الخارجية، ومثال ذلك ماقررت المحكمة من أن التثبت من صحة توقيع دولة على إحدى⁽⁷³⁾ المعاهدات مسألة سياسية ، وكذا رفض المحكمة الفصل في المسألة المتعلقة بالحرب الأمريكية الفيتنامية.

وعن المعيار الثالث وهو استحالة التقرير في القضية إلا وفق سياسة مبدئية يبدو جليا عدم اختصاص المحكمة بها فإن مثاله قضية Luther سالف الذكر، إذ دعت المحكمة لتحديد الحكومة الشرعية في الولاية بين الجهتين المتنازعتين ، ورفضت المحكمة الفصل في ذلك لأنه من الأمور السياسية التي يملك الكونجرس والسلطة التنفيذية الكلمة فيها وليس المحكمة، وقد عبر الرئيس عن رأيه في النزاع باستخدام السلطة المخولة له بمقتضى الدستور حيث أرسل فرقا من الجيش الاتحادى لإخماد الثورة مما يعنى أن الحكومة القائمة في ظل الدستور هي وحدها - في تقديره - الحكومة الشرعية، وسوف يتاح للكونجرس أن يقول كلمته في الخصومة بقبوله النواب والشيوخ من إحدى الحكومتين لتمثيل الولاية في الكونجرس ، وتلك كلها قرارات تملك السلطة التشريعية والتنفيذية فيها تقديرا لا يسع القضاء أن يراجعها فيه.

وعن المعيار الرابع وهو استحالة انتهاء المحكمة لحكم في النزاع لاينطوى على نقص الاحترام الكافي للفرعين الآخرين، فإن القضية الأتفة أيضا تصلح للتمثيل له.

وتعد قضية فوستر ضد نيلسون أيضا كذلك إذ أثير البحث فيها حول صحة قرار منحت به الحكومة الأسبانية عام ١٨٠٤ بعض الأراضي الواقعة شرق نهر الميسيسبي إلى عدد من الأفراد ونازعتها الحكومة الأمريكية في ملكيتها.

ولما عرض الأمر على المحكمة العليا امتنعت عن بحث تلك المشكلة الدولية مقررة أنه مادامت الهيئات السياسية في الحكومة الأمريكية «أى الكونجرس والرئيس» قد اتخذت موقفا صريحا من هذه المشكلة بتقريرها ملكية الولايات المتحدة لتلك الأراضي ، فليس للمحكمة مطلقا التعقيب على ذلك، إذ إن هذه المشكلة بطبيعتها ذات صفة سياسية تجعل الكلمة النهائية في شأنها للسلطتين التشريعية والتنفيذية⁽⁷⁴⁾.

وعن المعيار الخامس وهو الحاجة غير العادية للتمسك بقرار سياسى اتخذ بالفعل وليس محلا للقضية ولا يمكن الفصل فيها بدونه، فلعل أقرب مثال له هو قضية لوبك ضد⁽⁷⁵⁾ وانتكر سنة ١٩٤٨، والتي قضت فيها المحكمة بأن تحديد حالة الحرب من المسائل السياسية التي يستقل بتقديرها الرئيس دون معقب عليه من المحكمة.

وكانت القضية تتعلق بسلطة الرئيس في إبعاد الألمان عقب انتهاء الحرب واستسلام الجيوش الألمانية ، وكان الرئيس قد اعتبر أن الحرب لم تنته بمجرد وقف إطلاق النار بين الجانبين. وذهبت المحكمة إلى أنها لا تملك مراجعة الرئيس في موقفه بحسبان أن ذلك التقدير من المسائل السياسية التي لا يملك القضاة الوسائل القانونية الكافية لوزنها، فضلا عن أنها ليست الجهة المسؤولة عنها مسئولية رسمية.

ولعل أقرب مثال للمعيار السادس - وهو أن يكون الأمر قد أدلت فيه العديد من الأقسام السياسية بدلوها مما يشكل حرجا على المحكمة - هو حرب فيتنام حيث رفضت المحكمة القضاء بشأنها.

ونرى أن البين مما سلف أنه مهما اجتهد المرء للتمثيل للمعايير التي وضعتها المحكمة العليا في قضية بيكر والتي لازال معمولا بها حتى تاريخه ، فإن الحقيقة هو أن تلك المعايير والتي تعبر عن المسائل السياسية هي معايير فضفاضة ومتداخلة في بعضها بحيث يصعب تحديد تخوم كل معيار على حدة، فقد رأينا كيف أن حرب فيتنام تعد مثالا جيدا للمعيار الثانى والسادس معا وغيره كثير ، ويبدو أن المحكمة يسعدها هذا التداخل وعدم التحديد ، بل هي قد قصدته ابتداء حتى تسمح لنفسها بقدر كبير من التحرك والمرونة في هذا الشأن حسبما تقتضيه الأحوال، بحيث تستطيع أن تبسط اختصاصها أو تقبضه تبعا للظروف السياسية المحيطة بها ووقائع القضية.

المطلب الرابع

عدم امتداد الرقابة إلى بواغث التشريع أو ملامحته

تضم تلك القاعدة أمورا ثلاثة بين جنباتها:

أولا : إن المحكمة لاتناقش ضرورة التشريع أو عدم ضرورته.

فمعدن حكم المحكمة في قضية ماك كولوك ضد ماريلاند قررت أنه⁽⁷⁶⁾ إذا تبين أن تشريعا معينا يدخل في اختصاص الكونجرس إما بالنص الصريح عليه في الدستور ، أو تأسيسا على نظرية الاختصاصات الضمنية السابق شرحها، فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصرا من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع علي المحاكم التدخل فيها، هذا فضلا عن انعدام كل صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

ثانيا : إن المحكمة يمتنع عليها إصدار حكم تقريوى على القانون من ناحية ملامحته أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية ، إذ إن ذلك من أخص مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها الهيئة التشريعية.

ثالثا : امتناع المحكمة عن الخوض في بواغث التشريع.

وأول حكم قررت فيه المحكمة ذلك كان سنة ١٨١٠ في قضية فلتشر ضد بك إذ قررت المحكمة بأنه إذا كان التشريع مستوفيا لكافة الشروط والأشكال القانونية ، فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد أحد الخصوم في طعنه بعدم دستورية ذلك القانون بحجة أنه صدر عن بواث غير شريفة أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية التي سنت القانون.

وحسبما يرى د. أبو المجد فإن البواث غير الشريفة قلما تستولى على الهيئة التشريعية كلها أو على جانب كبير منها بحيث يمكن القول بأن التشريع قد صدر عن باعث غير شريف أو غير مشروع سيطر على الهيئة التي أصلته.

المبحث الثاني

مالاتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي

(١) لا يتعارض النشاط القضائي مع مبدأ التقييد الذاتي رغم وجود خلاف حول هذا النشاط ، وهي الحالة التي يعطى فيها القضاء من عنده معان معينة لنصوص دستورية ليس لها تعريف ذاتي واضح ، ومثال ذلك أن الدستور يعطى الكونجرس سلطة تنظيم التجارة بين الولايات وذلك في الفقرة الثامنة (77) من المادة الأولى، والفهم الضيق لهذه الفقرة كان يمنع الكونجرس من تنظيم أحوال العمالة بينما التفسير المعاصر لتلك الفقرة جعل له الحق في تنظيم الحقوق المدنية يرمتها .

والحاجة إلى الدور القضائي لتفسير النصوص ذات المعاني الغامضة أمر لاجدال فيه ، فوثيقة الحقوق التي تضمنت التعديلات العشرة الأولى للدستور انطوت على العديد من التعبيرات التي تحتاج إلى شرح ومواعة وإعادة مواعة بحسب الظروف والأحوال ومن ثم لا بد أن تتدخل المحكمة لتوضيحها ، فتوضع مثلا متى يكون التفتيش والاعتقال غير معقولين "التعديل الرابع (78)"، ومتى يجب إعمال حق الاستعانة بمحام "التعديل السادس" (79) ومتى تكون الكفالات مبالغ فيها والعقوبات قاسية وغير معتادة "التعديل الثامن" .

ولا شك أن التعديل الرابع عشر (80) للدستور يمكن المحكمة من مباشرة نشاط واضح ، ففقرة الإجراء المشروع هي المصدر لحق الخصوصية ، وفقرة الحماية المتساوية هي العلاج الفعال للفرقة العنصرية ، وقد كان هذا التعديل الأخير سببا كبيرا للهجوم على المحكمة بحسبانها تقضى من عندياتها بعدم الدستورية وتحاول إلbas الأمر بلباس دستوري.

وقد يكون لهذا الاعتراض وجه بسيط من الصحة إذ عندما ننظر إلى الحماية المتساوية المقررة بنص التعديل الرابع عشر سنة ١٨٦٨ نجد أنه بداية لم تنظر إليه المحكمة كإلزام دستوري، ورأه هولز (81) من أكثر من سبعين عاما على أنه وسيلة للمجادلة الدستورية ، وكانت النظرة السالفة على ذلك تعتد به على أساس مبدأ الفصل (82) مع المساواة ثم أعيد تعريف التعديل الرابع عشر بما يلزم بمنع (83) الفرقة العنصرية ومن ثم العول عن مبدأ الفصل تماما بما يسمح بدعوى إيجابية (84) في

هذا الشأن ، ثم أصبحت هذه الفقرة حاليا هي الوسيلة الناجعة في القضاء على التفرقة العنصرية.

وماسلف يبرز لنا أن المحكمة العليا في كل قضاء لها تبرز الأمر في ثوب دستوري رغم تنوع الأحكام واختلافها ، وهذا يثبت عكس ماقرره مارشال من أن الحكومة حكومة قانون وليس حكومة رجال ، إذ المدقق في الأمر يستبين له أن الحكومة حكومة قانون ورجال معا ومع تغير القضاة تتغير الأحكام.

وفي أثناء حملة الرئيس بوش للرئاسة وعد بأنه حال نجاحه سيعين قضاة يطبقون الدستور كما هو مكتوب.

والحقيقة أن هذه مقولة حق يراد بها باطل، إذ إن الفقرات ذات النهاية المفتوحة - وحسبما أسلفنا - لا يمكن تطبيقها كما هي بل لابد أن يعطيها القاضي مفاهيم تؤدي لتنوعها بتنوع الأشخاص والزمان.

وإذا كان هناك مبادئ دستورية تستمد معانيها من الدستور فإن هناك مبادئ أخرى كحرية العمل وتكوين الجمعيات وحق الخصوصية يعز فهمها بغير جهد قضائي لا تتعارض طبيعته مع التقييد الذاتي، وتكون الدعوة إلى التقييد في هذه المجالات تمثل نشاطا معاكسا يهمل الحقوق الدستورية.

وأكبر مثال على ماسلف أنه باسم التقييد - الزائف - قضت المحكمة في قضية العبد بردسكوت بأن وفاق ميسوري الذي يحظر على المواطن أن يحوّز أو يملك الرقيق في مكان محدد غير دستوري، وأنه لا يوجد شخص أسود سواء كان حرا أم عبدا يعد مواطنا أمريكيا بحسبان أن واضع الدستور نظروا إلى السود بوصفهم أنبي منزلة ولا يمكن منحهم أي حق من حقوق المواطن ، بل ولايستطيع الكونجرس تحريم العبودية إذ لا سلطة له في ذلك⁽⁸⁵⁾.

وقد كان هذا الحكم سببا مباشرا في قيام الحرب الأهلية، وقد أسس مفهوما ثابتا للتعديل الخامس المتعلق بالإجراء المشروع، وحقا ثابتا في ملكية العبيد يعوق أي تدخل من قبل الكونجرس.

وهكذا أظهر هذا الحكم تفضيلا لقيم على أخرى بتفضيل مصلحة مالك العبد في الملكية على مصلحة العبد في الحرية والمساواة.

ويلاحظ أن الهجوم على المحكمة لا يأتي نتيجة نشاطها أو تقييدها وإنما يرتبط بنتائج الرقابة عمليا، فعدم الاتفاق مع النتائج هو أساس الهجوم، وقد حدث أن أدمنت الكثير من المبادئ الدستورية التي تبنتها المحكمة واعتبر الأمر نزوة قضائية ، وكان الأمر في حقيقته تفكيكا ثوريا من المحكمة ليس أكثر. وهكذا نرى ألا يُقيم الحكم برد الفعل الشعبي له في الأيام الأولى أو حتى السنوات الأولى.

ومهمة إعطاء الحيوية للنصوص الدستورية تحتاج من المحكمة العليا ليس الفهم للنصوص الدستورية فقط وإنما القدرة على مواعتها مع متطلبات المجتمع المتنوعة.

(٢) ابتهاال المحكمة من القيم الخارجية⁽⁸⁶⁾ - لايتعارض مع التقييد الذاتي إذ هو أمر لازم لتحقيق نشاطها في المجالات المختلفة.

ومثال ذلك أن حق الاشتراك في الجمعيات "freedom to associate" هو من صناعة المحكمة أكثر مما يكون صنعه الدستور إذ أكتت المحكمة ارتباطا بحريات التعبير والصحافة والتجمع

السلمى. بل إن القاضى بلاك الذى كان يعارض تقرير حقوق ضمنية أكد على وجوده كحق دستورى. وقد أدى إقرار هذا الحق إلى منع موظفى الجنوب من الحصول على أسماء منظمى الحقوق المدنية ومسانديها ليعطلوا أنشطتهم (87).

ولما كان التعديل الرابع يحمى من أعمال التفتيش والاعتقالات غير المبررة والتعديل الخامس يحمى من الشهادة ضد النفس والتعديل السادس يقرر حق الاستعانة بمحامى للدفاع عن المتهم، ولأن هذه النصوص ليست منفذة ذاتيا فقد شكلت المحكمة - ابتهاالا من القيم الخارجية - مجموعة من المبادئ للمساهمة فى إعطاء تلك التعديلات الحيوية ، فاستنتت المحكمة قاعدة الاستبعاد "exclusionary rule" وقاعدة تحذيرات الميراند "Miranda Warnings" .

والقاعدة الأولى هى عبارة عن استبعاد الدليل غير المشروع من أدلة الإثبات، والقاعدة الثانية هى عبارة عن تنبيه المتهم المقبوض عليه إلى حقه فى الصمت قبل سؤاله بوليسيا .

وهكذا طورت المحكمة الوسائل التى تضمن حقوق المتهم مع تجنب التدخل غير المناسب فى النشاط البوليسى ، وطبقت المحكمة قاعدة الاستبعاد فى مجال الإجراءات الجنائية لمدة ربع قرن على المستوى الفيدرالى فقط قبل أن تمدها إلى مستوى الولايات ، وذلك بعد أن أيقنت أن الوسائل الأخرى للعلاج على مستوى الولايات غير فعالة، ومن أمثلة تلك الوسائل التعويض المدنى إذ ثبت فشلها لارتفاع تكاليف الخصومة ولعدم ثقة الطوائف المهضوم حقاها فى الشكاوى من التصرفات البوليسية. كما تعد وسيلة التأديب والتعذيب البوليسى من الوسائل التى ثبت فشلها أيضا.

وهكذا إبراكنا وعينا من المحكمة بحقيقة القيم والأوضاع الخارجية المتمثلة فى إهمال الولايات القيام بالتزامها فى تحجيم وردع الممارسات البوليسية غير المشروعة ، فقد طبقت قاعدة الاستبعاد عليها (88).

وبالنسبة لتحذيرات الميراند فقد تطور الأمر تدريجيا هو الآخر، إذ إن الضمانات المنصوص عليها فى التعديل الرابع والخامس والسادس لن تكون ذات جدوى إذا قهر المتهم على الاعتراف ومن ثم نظرت المحكمة بداية للظروف المحيطة بالاعتراف، وما إذا كانت تؤهل للثقة فيما ورد به من عدمه (89)، ولما ثبت لها صعوبة التثبت من الأمر فقد طورت المحكمة من القاعدة وأصبحت لا تكثرت بالاعتراف المتأخر بصورة غير معقولة (90)، إبراكنا من المحكمة بأن الاشتراك القضائى سوف يحرم البوليس من فرصة الانفراد بالمتهم وقهره على الاعتراف.

وقد أظهرت المحكمة أن الدستور هو الذى فرض تلك التحذيرات وكذا قاعدة الاستبعاد.

ولما كان الثابت أن هاتين القاعدتين يؤخذ بهما حتى تاريخه ، فإنه حتى ولو تبين التضييق من نطاقهما فى القضايا اللاحقة، فإن ثبوتهما وصمودهما أكبر دليل على قدرة المحكمة العليا على تشخيص الاحتياجات الدستورية وربطها بالقيم الخارجية لتشكيل معايير دستورية مناسبة.

ويبدو ابتهاال المحكمة من القيم الخارجية واضحا - حقا - فى قضية براون سنة ١٩٥٤ إذا أدركت المحكمة حساسية التغيير الفورى فى المجال العنصرى، ومن ثم بدلا من أن تطلب الخضوع الفورى وضعت خطة علاجية تدريجية قصد منها إعطاء الفرصة الكاملة للحكومة الفيدرالية والولايات لوضع الأفكار المحققة للمساواة التامة، وحدثت مراوغات كبيرة لحكم المحكمة من قبل المحاكم

وموظفي الولايات. وأدرك القائمون على المدارس أن تغيير الواقع العنصري يستلزم قدرات غير متوافرة ولا قابرة على التنافس مع العنصرية لذا عمدوا إلى تجاهل الحكم، ونصت بعض قواري الولايات على شطب المحامي الذي يسعى لتغيير الطرق المقررة.

ورأى البعض أن الحكم أعاد إشعال الظروف المشابهة لتلك التي قسمت الأمة إبان الحرب الأهلية. وحاولت ولاية أركانسو مثلاً سن قانون يحرر الطلاب من الحضور الإجباري بالمدارس مزبوجة العنصر.

وعملت المحاكم الفيدرالية الأدنى على تجنب الإدانة القانونية للمسؤولين الذين يسهلون الإجراءات العنصرية.

وهكذا أدركت المحكمة أن القيم المحيطة المتعلقة بالعنصرية تقضي إلى أن دورها الحق هو أن تعطي إشارة البدء لإنهاء التفرقة وعلى الكونجرس والحكومة تكملة الأمر وهو ما حدث بالفعل، فأصدر الكونجرس قانون الحقوق المدنية سنة ١٩٦٤ والذي خول لوزارة العدل وضع القواعد اللازمة لمنع التفرقة، كما منع هذا القانون المساعدة الفيدرالية للبرامج التي تساعد على التفرقة.

وصدرت بعد ذلك مجموعة من القوانين التي تضمن المساواة في التعليم والتوظيف والسكن... الخ. وقام الرئيس ايزنهاور بإرسال وحدات عسكرية لإحدى المناطق لإجبارها على المساواة (91).

(٢) ويشتر الخلاف حول القانون الطبيعي وحول الاعتداد به في مجال الرقابة الدستورية إذ يؤمن فريق به ولا يجد حجلاً في الإعلان عن مبادئ أساسية مستمدة منه لا وجود لها داخل الوثيقة الدستورية، بحسبان أن حقوق الإنسان سابقة على أي حكومة منظمة.

فبعد فترة قصيرة من التصديق على الدستور بدأت المحكمة في نظر المجادلات التي أثّرت حول دور القضاء في تقرير الحقوق والحريات غير المعرفة دستورياً، واستطاعت المحكمة أن تقرر مبادئ غير معرفة بما فيه الكفاية في الوثيقة الدستورية.

وفي سنة ١٧٩٨ في قضية *Calder v. Bull* (92) أكد القاضي إيردل أن الاعتماد على القانون الطبيعي حال فحص دستورية القوانين سوف يجعل الأيديولوجية الشخصية للقضاة هي السائدة، وهو أمر خطير إذا ما قورن بقياس الأعمال التشريعية بالبند الدستورية المنصوص عليها للحكم على شرعيتها.

وقد أعيد صياغة موقف القاضي إيردل عندما اعترض القاضي بلاك على تقرير حق الخصوصية إذا اعتبر إعلان المحكمة لهذا الحق هو نتاج للقانون الطبيعي وقيم وراء الدستور، ونظراً لرفضه ذلك فقد أيد تدخل الحكومة في مجال الخصوصية البشرية بما تشاء من تشريعات طالما لا توجد نصوص دستورية (93) تحرم ذلك، وأكد بلاك أن القضاء الطبيعي سوف يجعل القاضي يحدد ماهو دستوري من عدمه على أساس من تقيمه الذاتي لدى حكمة القانون وضروريته. وتوجد وجهة نظر معارضة للقاضي تشاس (Chase)، إذ أكد سيادته على أن المواطنين أعطوا الحكومة سلطات مقيدة بالدستور والقانون الطبيعي، فالحماية القضائية للحقوق الطبيعية غير المعودة وغير المحدودة بالدستور تحقق صيانة إرادة المواطنين.

وإذا كان لنا أن ندلى برأينا في العناصر الثلاثة المذكورة سلفا، فإننا عندما ننظر إلى الجمل الدستورية ذات النهايات المفتوحة وإلى التعديلات الدستورية التي تتصف بذات الصفة تصل إلى استنتاج مؤكد، وهو أن الذين وضعوا الدستور كانوا يعلمون الحاجة إلى التغيير لمواكبة التطور ولتلبية احتياجات الأجيال اللاحقة، لذا عمدوا إلى جعل كثير من المصطلحات فضفاضة واسعة ومتحركة مع الأجيال، ولا يتصور أن تؤدي التعديلات الدستورية بمفردها إلى القضاء على الخلاف والجدال ، وإنما الذي يمكن أن يحقق هذه النتيجة - إلى حد بعيد - قضاة المحكمة العليا الأمريكية عندما يفحصون ويشرعون المبادئ الدستورية بنية حسنة لا خبث فيها ، إذ يمكنهم ذلك من تحقيق نتائج أفضل من التعديلات الدستورية بكثير.

ومما سلف نستنتج أن النشاط القضائي ، والابتهاال من القيم الخارجية والقانون الطبيعي غير مكروه في ذاته وإنما المكروه فيه هو المبالغة المؤدية لحكومة القضاة.

وإذا نظرنا للمفهوم الحقيقي للتعديل التاسع للدستور نجد أنه يدعو إلى النشاط ويحذره عندما يؤكد أن "تكر حقوق معينة في الدستور لن يفسر على نحو ينكر أو ينتقص من الحقوق الأخرى التي يحتفظ بها للشعب" ، وإذا رجعنا لتطبيقات المحكمة العليا لهذا التعديل نستخلص أن المحكمة متقيدة جدا إذ تستطيع أن تستند لهذا التعديل الذي ينطوي على تفويض لها لتنشط في مجالات غير محصورة ولتستند إلى القانون الطبيعي الذي يعتبر التعديل التاسع قد أشار إليه. وهكذا يمكن القول إن المحكمة العليا عندما تأخذ بأي من العناصر الثلاثة المذكورة فإنها لا تخالف بحال مبدأ التقييد الذاتي، وأنها أقل نشاطا - على الإجمال - مما تخيله الآباء حال وضع الدستور وتعديلاته.

المبحث الثالث

مبدأ التقييد الذاتي في مصر

اقتبست محكمتنا الدستورية مبدأ التقييد الذاتي من أمريكا، وفي شرح للمبدأ أكدت المحكمة بأنه من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتصل من اختصاص نيط بها وفقا للدستور أو القانون أو كلاهما وعليها كذلك - وبفلس القدر - ألا تخوض في اختصاص ليس لها ، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها معتنعان من الناحية الدستورية ولايجوز من ثم أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازما ولو لايستها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرها - بيد أن ذلك لا يعني الاندفاع بالرقابة الدستورية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها بون قيود تتوازن بها، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة - لضمان فاعليتها - محددة طرائقها ومدخلها ، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تضعها الهيئة القضائية التي تتولاها ، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها لضمان أن تكون الرقابة على الدستور منحصرة في حدودها المنطقية ، فلا يكون التدخل بها مؤذنا بانفلاتها من كوابحها بل مقيدا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مرايها كأداة تكفل في أن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التنفيذية بون عائق، ومن ثم كان اللجوء إليها مقيدا بضرورة أن يكون التدخل بها لازما ومبررا بوصفها ملاذا نهائيا، وليس باعتبارها إجراء احتياطيا، وتتخل هذه الضوابط في واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها

على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية ، وذلك تقديرا منها لخطورة هذه الرقابة وبقوتها ، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها وتعقدها، واتصالها المباشر بمركز هؤلاء الذين يمسهم النص التشريعي المطعون فيه ، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية⁽⁹⁴⁾.

وتتمثل القيود القضائية التي فرضتها المحكمة على نفسها فيما يلي :

(١) ضرورة توافر خصومة أو نزاع لتدخل المحكمة :

أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه على ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية ، لا يجوز أن تفصل الهيئة التي تتولاها في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها ولا أن تقر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها لها- تأثرا بالقيم الخارجية - أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص التشريعي المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالا شخصيا ومباشرا أو كان ممكنا حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر، وعليها دوما - كشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم الدستورية.

ويظهر مما سلف أن المحكمة تستلزم وجود الخصومة، والضرر الخاص فكفكرة منبثقة عنها.

وأعادت المحكمة التأكيد على منزلة الادعاء بأن يكون المدعى في مركز قانوني يسمح له حقا بالاستفادة من دعواه الدستورية في دعواه الموضوعية، عندما قضت بأن إدراج اسم المدعي بين الشموليين بالتكريم أو تصدرة لهم وحصوله بالتالي على الحقوق المالية التي فصلها القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٥ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر - وهي محل دعواه الموضوعية - يفترض أن يظل هذا القرار بقانون قائما فيما نص عليه بشأنها، وكان مآقره وكيل المدعى من أن مصلحة المدعى تتحقق على النحو المتقدم فإنها تتوافر كذلك، إذا ماأبطلت المحكمة الدستورية العليا هذا القرار بقانون في مجمل أحكامه، حتى لا يفيد من النصوص القانونية التي اشتمل عليها، من كانوا بونه رتبة وجهدا ، مربود ، بأن ذلك منه يهدم دعواه الموضوعية من أساسها ولا يقيم بنيانها، ذلك أن الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون في مجمل أحكامه ، يعني تجريدها من قوه نافذا وزوال الآثار القانونية التي رتبها لتؤول عدما فلا تولد حقا لأحد، ولا يقوم بها مركز قانوني للمدعى ولا لغيره ، ولتفقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - دعامتها، بل إن اتصال دعواه الموضوعية بالنصوص المطعون عليها، شرط لقبول دعواه الدستورية على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن المصلحة الشخصية المباشرة في تلك الدعوى مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة في النزاع الموضوعي، بأن يكون الحكم في الطاعن الدستورية، مؤثرا في موضوع النزاع المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع⁽⁹⁵⁾.

ويوجد المرء تشابها كبيرا فيما يتعلق بفكرة الخصومة في أمريكا ومصر، فإذا كانت المحكمة العليا الأمريكية ترفض إعطاء آراء استشارية أو النظر في نزاع جدلي لا يرتكز على وقائع ملموسة "moot case" وتشتتر وجود نزاع يمكن حله عن طريق التدخل القضائي، وأنه لا يمكن أن يصدر

الحكم لحساب شخص لا تتوفر فيه صفة الخصم لفرض آرائه السياسية على الحكومة ، فإن كل ماسلف نجد له صدق في أحكام محكمتنا الدستورية إذ اشترطت لمباشرة رقابتها على النصوص التشريعية شرطين أوليين، أولهما أن يقيم المدعى - وفي حدوده الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه - الدليل على أن ضررا واقعا اقتصاديا - أو غيره - قد لحق به ، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا مستقلا بمناصرة ممكنا إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، ذلك أن إسناد الرقابة الدستورية إلى هذه المحكمة لا يتوخى الفصل في خصومة تكون المصلحة بشأنها نظرية كتلك التي تتقيا تقرير حكم الدستور مجردا في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية أو دفاعا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها أو كتوع من التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية أو لتأكيد مبدأ سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بمضمونه (96) لاصلة للطاعن بها.

(٢) وتعد المحكمة الدستورية بقرينة الدستورية لصالح القوانين، إذ تؤكد المحكمة (97) بأن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطنا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها بمختلف طرق الدلالة المعتمدة على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها ، بل يجب ويوصفها رقابة متوازنة لايجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها أن تكون مجبرة بنواعيها كي لا يكون اللجوء إليها اندفاعا، أو الإعراض عنها تراخيا.

وتؤكد المحكمة في حكم آخر (98) أن الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا بل يكون إنفاذا - اعتبارا من تاريخ العمل بها - لازما ولايجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل على مخالفتها للدستور ، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية ، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عاقلة بها، ولازم ذلك أن النصوص التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز وقف تنفيذها ، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدوانا على الولاية التي أثبتتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسباغا لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا بون سند من الدستور أو القانون.

(٣) الأعمال السياسية :

تجد فكرة الأعمال السياسية أصلها في فكرة أعمال السيادة والتي هي في أصلها قضائية المنشأ، إذ ظهرت أول الأمر في ساحة القضاء الإداري الفرنسي، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرتد إلى بداية التنظيم القضائي الحديث، وتخرج - بحكم ظروفها وطبيعتها - عن ولاية التقاضي إلغاء وتعويضا وذلك لاتصالها بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية، وهي أعمال تباشرها الحكومة بحسبانها سلطة حكم لا باعتبارها سلطة إدارة.

وكان قانون مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ يضرب أمثلة لأعمال السيادة فكان ينص في المادة السادسة من القانون المذكور على أن لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتطرفة بالأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بمجلسي البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم بسائر الطلبات المتعلقة

بأعمال السيادة .

وهكذا يبين أن المشرع بعد أن أورد بعض الأمثلة لأعمال السيادة خرج من التخصيص إلى التعميم ، ورأى المشرع بعد ذلك أن تحديد أعمال السيادة وضرب الأمثلة لها ليس من قبيل حسن السياسة التشريعية فعدل عن ذلك النهج منذ العمل بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الخاص بمجلس الدولة، إذ نص على أنه "لا يختص مجلس الدولة بهيئته قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

وقد أقر قانونا مجلس الدولة اللاحقان وهما القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ و٤٧ لسنة ١٩٧٢ هذا النهج، وذلك مرجعه إلى أن تحديد أعمال السيادة يرجع إلى القضاء لا إلى المشرع.

وإذا كانت هذه الأعمال تخرج عن اختصاص القضاة العادي والإداري فقد أخرجها أيضا القضاء الدستوري من اختصاصه ، فإذا مارأت المحكمة الدستورية أن العمل المعروض عليها من أعمال السيادة فإنها تنتهي إلى عدم الاختصاص بنظره.

والبيّن من استقرار أحكام المحكمة العليا المصرية أنها بدأت في الارتكان كلية إلى فكرة أعمال السيادة بحسبانها فكرة تستند إلى نظرية متكاملة البنيان في فقه القانون الإداري.

ويرى د. عادل عمر شريف خطأ هذا الاتجاه إذ لا يتأتى الارتكان إلى نظرية تعمل في غير المجال الذي فيه الرقابة القضائية الدستورية، إذ الهدف المبتغى من أعمال السيادة لا محل له إطلاقا في نطاق الرقابة على دستورية التشريعات، إذ هدف الأولى منع القضاء من التعرض بالإلغاء أو التعويض لأعمال هي إدارية بطبيعتها ، أما هدف النظرية الثانية فهو الرقابة على دستورية التشريعات. وهذه التشريعات إما أن تكون أصلية صادرة من السلطة التشريعية الأصلية، وهي بالقطع ليست أعمالا إدارية وفقا للمعيار الشكلي، أو تكون تشريعات صادرة بقرارات بقوانين وهذه أيضا تعتبر طالما صدرت في حدود التفويض أو أقرها مجلس الشعب في حالة لوائح الضرورة صادرة من سلطة تشريعية - وإن كانت استثنائية - ولا تعتبر هذه التشريعات بأي حال من الأحوال من القرارات الإدارية، وإما أن تكون التشريعات ثانوية أي لوائح وهي وإن كانت قرارات إدارية تنظيمية إلا أن القضاء الدستوري لا يراقب مشروعيتها بمعنى مدى اتفاقها أو اختلافها مع القانون ، إذ ذلك من اختصاص القضاء الإداري ، ولكن القضاء الدستوري يراقب مدى اتفاقها أو اختلافها وأحكام الدستور.

ويرى د. عادل⁽⁹⁹⁾ - بحق - أنه كان ينبغي على المحكمة العليا المصرية أن تتخذ نظرية الأعمال السياسية ومن البداية بديلا عن فكرة أعمال السيادة ، على أن يكون زمام تطبيق فكرة الأعمال السياسية بيد المحكمة تستعين بها في بسط نطاق اختصاصها أو قبضه حسب الملابسات والظروف السياسية التي تحكم الصلة بينها وبين الهيئات الحكومية الأخرى.

وإذا كانت المحكمة العليا قد استقرت على الأخذ بنظرية أعمال السيادة وتابعتها في ذلك المحكمة الدستورية العليا في بواكير عهدها ، إلا أن المحكمة الأخيرة استقرت على نظرية الأعمال السياسية كقيد على اختصاصها. وقضت المحكمة⁽¹⁰⁰⁾ بأن العبرة في تحديد التكيف القانوني للأعمال السياسية وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة - هي طبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف، ذلك أن استبعاد الأعمال السياسية

من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو سيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لنواحي الحفاظ على الدولة والنود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال - سواء كانت من السلطة التشريعية أو التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لمصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما اتخذته في هذا الصدد ، ولأن النظر فيها أو التعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح للقضاء فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً في ساحاته ، فالمحكمة الدستورية العليا وحدها هي التي تحدد - بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها - ما إذا كانت النصوص المعروضة عليها تعتبر من "الأعمال السياسية" فتخرج عن ولايتها بالرقابة على الدستورية أو أنها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها.

وفي تطبيق لفكرة الأعمال السياسية ذهبت⁽¹⁰¹⁾ المحكمة إلى أن القوانين أرقام ١٤ لسنة ١٩٨٣ و ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بتعديل أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن مجلس الشورى تتعلق بحق الترشيح ولا تتناول مسائل سياسية.

وذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسته⁽¹⁰²⁾ ١٩/٦/١٩٩٣ إلى أنه وإن كانت نظرية "الأعمال السياسية" كقيد على ولاية القضاء الدستوري تجد في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما تقع في المجال الداخلي، نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا ، إلا أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أياً كان موضوعها - تعتبر من الأعمال السياسية، كما أنه ليس صحيحاً أيضاً القول بأن الاتفاقيات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور واستلزمت عرضها على مجلس الشعب وموافقتها عليها، تضحى جميعها - وتلقائياً - من "الأعمال السياسية" التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري ، ذلك أن كلا القولين السابقين يتناقض والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستورتها ، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها.

ومؤدى اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي ونظامه الأساسي إنما تتمخض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية فلا يسوغ اعتبارها من (الأعمال السياسية) التي تنحصر عنها رقابة القضاء الدستوري، ولا يغير من ذلك ماتضمنه بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه ، كما لا يغير من ذلك ماورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف.

وتطبق المحكمة نظرية الأعمال السياسية في منازعات التنفيذ أيضاً المتعلقة بأحكامها الدستورية، حيث قضت المحكمة⁽¹⁰³⁾ بأن قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة النخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة النخبين التي تمثل القاعدة الشعبية في أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة، وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التي تتعلق بممارسة سلطة الحكم ، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التي تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء.

(٤) المحكمة لا تتدخل في ملازمة التشريع وبواجبه والسياسة التي انتهجها:

يعد ذلك قيداً هاما تفرضه المحكمة على ذاتها إذ الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية مالم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوما لها لايجوز اقتحامها أو تخطيها ، وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية ، فإن ماتقره من القواعد القانونية بصده ، لايجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص أو الانتقاص، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهيمشها، عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تتنفس إلا من خلالها "the breathing space" ، بما مؤدها أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا أن تناقشها، أو تخوض في ملازمة تطبيقها عملا، ولا أن تتحل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي رمى المشرع إلى بلوغها، ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية، بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية ، اختصاصاتها تلك ، مستلهمة في ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي ، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التي حددتها مرتبطة عقلا بها⁽¹⁰⁴⁾.

ومن ناحية أخرى ومن جهة النظر العكسية فإنه وإن كان أمرا مرغوبا فيه صدور قانون أو قرار بقانون يعكس بصفة نهائية وشاملة التصفية التي تقرر السلطة التشريعية أو التنفيذية ضرورتها لإنهاء كافة الآثار المخالفة للدستور التي رتبها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته خلال فترة نفاذه، بالنظر إلى ماتؤول إليه هذه التصفية من رد الحقوق المختلفة التي عطلها هذا النص أو قيدها إلى أصحابها دون تمييز، إلا أن تبخل السلطة التشريعية أو التنفيذية على هذا النحو لا يتمخض طريقا وحيدا لإعمال آثار الأحكام الصادرة من هذه المحكمة في المسائل الدستورية.

هذا بالإضافة إلى أن إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل السلطات التشريعية والتنفيذية بتقريره وفقا لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين ، أو على نحو ما. كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها⁽¹⁰⁵⁾.

وهكذا يبين أن المحكمة لا تتدخل في السياسة التي انتهجها المشرع إيجابا بسن التشريع أو سلبا ببقاعسه عنه.

هوامش الباب الرابع

(1) راجع
Fred Barbash, Brennan, Marshal Keep Vigil Against Death Penalty, Washington Post, December 5, 1985, A10. The case was *Eddings v. Oklahoma* (1982).

(2) راجع في ذلك:
Jim Mann, Year-End Salute, The American Lawyer (September 1983) p.94.

(3) راجع
Lowrence Baum. The Supreme Court, OpCit. p116- 119
(4) ينص التعديل الرابع للدستور الأمريكي على أنه " أن يتدبى على حق الشعب في أن يكون أمنا في أشخاصه ، وبياره ، وأورائه ، ومقتنياته ، ضد أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة
(5) ونص عبارته حرفياً
"this is Nero at his worst, the constitution is gone".

راجع في ذلك
Henry J. Abraham, The Judicial Process, 4th ed. New York: Oxford Univeristy Press, 1980, p. 234.
(6) تنص المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه " لكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع تلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من إعلانته مذكرة بملاحظات مشفوعة بالمستندات . ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوماً التالية لانتهااء للمبدأ الملين بالفقرة السابقة فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان اللول التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوماً التالية.
(7) راجع د/ رمزي الشاعر ، النظرية العامة ، للرجع السابق ، ص ٥٩٦ - ٥٩٩ .
(8) راجع د/صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية، للرجع السابق ، ص ٢٩٩ - ٢٩٢ .
(9) أوفضنا رأينا بتفصيل أكثر في التوصيات الختامية للرسالة
(10) نذكر على سبيل المثال تأكيداً للمعنى . الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٨/٢٢ حيث أشارت المحكمة فيه إلى تناولها ذات المسألة الدستورية بحكمها الصادر بجلسته ١٥ يونيو ١٩٩٦ في الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٧ ق دستورية يوم تم قضت باعتبار الخصومة منتهية .
(11) راجع

Supreme Court and The Attitudinal Model , Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, Cambridge University Press, 1993 ,p.34.

(12) لما كانت نصوص الاتحاد التهامدي قد فشلت في حل المنازعات بين الولايات لما نسلت طور = = التنفيذ ابتداء من سنة ١٧٧٩ . فقد شمرت ولاية فرجينيا بضرورة تنظيم شئون الملاحة في نهر بوتامك وتصفيته المنازعات التي قامت في هذا الشأن بينها وبين ولاية ماريلاند فعبئت كل من الولايتين مندوبين لها اجتمعوا في منزل جورج واشنطن في مارس ١٧٨٥ ، واستفراجمتهم عن عقد اتفاقية تجارية لا تزال كثير من نصوصها نافذة حتى اليوم ، على أن أهم ما أسفر عن المؤتمر هو أن أعضاء وجهوا إلى حكوماتهم تقريراً يقترح عقد مؤتمر مماثل يحضره مندوبون عن جميع الولايات لوضع أسس ثابتة للعلاقات التجارية المتبادلة .
واقبت هذه الدعوة ترحيباً عاماً من الولايات فبادرت تسع منها إلى تعيين مندوبيها إلا أنه لم يصل لمقر الاجتماع بمدينة أنا بربايس إلا ممثلي خمس ولايات فقط، وبعد تبادل وجهات النظر قدم للمندوبين اقتراحاً إلى حكوماتهم مزده ضرورة دعوة ممثلين من جميع الولايات ليبحث أوجه النقص في نظام الحكومة القائم ولوضع برنامج لسد هذا النقص ، ووافق الكونجرس للنشا وفقاً لأحكام الاتحاد التهامدي على ذلك لتعمل نصوص الاتحاد وعرض مشروعات التعديل على الكونجرس وعلى الولايات .

وانفتح المؤتمر في ١٤ / ١٧٧٩/٥ وانتهى في ١٧٧٩/٨/١٧ لوضع نصوص الدستور ويقع على الوثيقة ٢٩ مندوباً ممثلين لاثنتي عشرة ولاية . وبتوقيهم انتقل مركز النشاط حول تلك الوثيقة التاريخية من فيلادلفيا إلى الولايات المختلفة ، ونص مشروع الدستور في مادته الأخيرة على أن نصوصه تدخل حيز التنفيذ إذا وافقت تسع ولايات ، واشترطت تلك المادة أن تتم هذه الموافقة لا عن طريق التصويت في المجالس التشريعية وإنما في جمعية تأسيسية يختارها الناخبون لهذا الغرض ، وبعد انقضاء هذا المؤتمر بعشرة أيام أرسل الكونجرس نصوص الدستور المقترح إلى الولايات المختلفة فشرعت هذه الولايات في اتخاذ الإجراءات لتكوين للجمعية التي أشار إليها الدستور ، وقد تم الاختيار في معظم الولايات وفقاً للقواعد المتبعة في اختيار أعضاء المجالس التشريعية العادية ، ولم يكن حق الاقتراع العام مقرواً في أعضاء تلك المجالس ومن ثم لم يكن الكثير من الجماعات ممثلاً مثل صفراء الملك والزراع ومعلم الأجراء والمعلم ، لعدم تمتعهم بحق الانتخاب بل إن الكثيرين أعرضوا عن استعمال حق الانتخاب ، فإذا أضيف لكل ما سلف أن الموافقة تمت بغلبية ضمنية جداً في أربع ولايات تبين أن الدستور الأمريكي لم يكن شرة موافقة شعبية واضحة .

راجع في التفاصيل رسالة د/ كمال أبوالمجد ، للرجع السابق ، ص ٥٠ - ٥٤ .
(13) يقول جيمس ماريسون

We must Look for it, not in the general convention which proposed, but in the State Convention, which accepted and ratified the Constitution.

راجع العبارة، وراجع التفاصيل في مثالة

David L. Abney, *Constitutional Interpretation*, 67 Temple L. R., P938. S

(14) ينص التعديل الثالث على أنه «لا يجوز في وقت السلم إيواء أي جندي في دار» دون موافقة صاحبه، كما أنه لن يجوز هذا في وقت الحرب إلا بالكيفية التي يحددها القانون».

(15) راجع

Donald E. Lively, *Judicial Review*, McFarland & Company, Inc., Publishers, 1990, p55. S.

(16) من أنصار الحرفية القاضي ستوري الذي أكد على أن الدستور عملي في طبيعته ومصمم للاستعمال العام ومناسب للفهم العام، ونص عبارته حرفياً في وصف الدستور كالآتي:

"... practical in nature ... designed for common use and fitted for common understanding."

Donald E. Lively, *Judicial Review*, Op.cit. p53.

(17) راجع :

Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Indiana Law Journal 1

(1971), p. 3.

(18) راجع في استعراض تفصيلي لأراء القاضيين بلاك وسكاليا

Michael J. Geraardt, *a Tale of Two Textualists, a critical comparison of Justices Black and Scalia*, 74

Boston University Law Review, 1994, p. 28. S.

(19) راجع في التفاصيل:

The Supreme Court and the Attitudinal Model, Op.cit. p. 44-51

(20) راجع

Lawrence Baum, *The Supreme Court*, Op.cit, p. 125.

(21) راجع

Frothingham v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(22) راجع

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(23) راجع

Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961).

(24) راجع كتاب ، An Essential Safeguard ، المرجع السابق ، ص ١٠

(25) يلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم ترحب صراحة -حتى تاريخه - عن أي سابقة من سوابقها، وهذا اتجاه غير محمود في اعتقادنا .

- ومن المعلوم الضمني عدول المحكمة عن مفهوم التصديق الذي سبق أن تبنته في الدعوى رقم ١٥ لسنة ١ ق دستورية - جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٨٢ إلى المفهوم الذي تبنته في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/١/٤ .

- راجع في تلك التفاصيل ص ١٠٧ وما بعدها من هذه الرسالة .

(26) راجع :

William Brennan , *Speech at Georgetown University*, reprinted in *The Great Debate*, Washington D.C.: The Federalist Society, 1986, p. 14-15.

(27) راجع هذا المثال في

Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Op.cit, p.61.

(28) أشار المستشار الدكتور عوض المر في بحثه باللغة الإنجليزية المقدم لمؤتمر دور القضاء في حماية حقوق الإنسان، القاهرة ٢ ديسمبر ١٩٩٦ ، إلى مصادر التفسير الدستوري في مصر وفي النص الصريح، والمصدر المشار إليه بالدستور، والفهم المشتق من النصوص مجتمعة ، والقضاء للقارئ، والابتغال من الوثائق الخارجية .

(29) راجع

David J. Danelski, *A Supreme Court Justice is Appointed*, New York : Random House, (1964), 189-190; Woodford Howard, Jr., *Mr. Justice Murphy : A Political Biography*, Princeton University Press, 1968, 324

(30) ونص العبارة حرفياً :

"There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals".

راجع :

Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven : Yale University Press, 1921, p. 12.

لج: ١١١

John A. Jenkins, *A Candid Talk with Justice Blackmun*, New York Time Magazine, February 20.

1983, p.20.

(32)راجع:

Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).

(33)راجع:

West Virginia Board of Education v. Barnette 319, U.S. 624 (1943).

وفى التفاصيل:

An Essential Safeguard, D. Grier Stephenson, Jr., p. 74 - 75.

Charles P. Curtis, Law as Large as Life, New York : Simon and Schuster, 1959, p.156 - 157. (34)

(35) تارن سور المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى حماية حق الملكية ، ص ١٩٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(36) راجع كتاب An Essential Safeguard ، للرجع السابق ، ص ٩-٨

(37)راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 124, s.

(38)راجع:

Mary Frances Berry, Stability, Security, and Continuity: Mr. Justice Burton and Decision-Making in the Supreme Court 1945-1958, Westport, Conn. : Greenwood Press, 1978, p.27.

(39) راجع: دراستى Gaziano وتوماس مارشال بمقالة :

Lluda R. Crane, Family Values And The Supreme Court, Op. cit., p. 458. s.

(40)راجع فى الإعلام والمجتمع القانونى

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 128 - 129.

(41)راجع:

Anthony Lewis, Gideon's Trumpet, New York : Random House, 1964, p. 162.

(42)راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. p. 131. s.

(43)راجع :

Walter F. Murphy, Congress and the Court, Chicago : University of Chicago Press, 1962, p. 246.

(44)راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p. 149. s.

(45)راجع:

Harold J. Spaeth and Saul Brenner, Studies in U.S. Supreme Court Behavior, Garland Publishing, Inc. New York & London, 1990, p. 78-80.

وتد أكد وارن على أهمية العدالة فى استخدام هذه السلطة والا لذى الأمر لكثرة. ونص عبارته حرفيا:

I do believe that if assigning opinions wasn't done.. with fairness, it could lead to gross disruption in the Court.

(46)شبه رئيس القضاة ونكست استقلال قضاة المحكمة المطلق بالخنازير على الثلج . وبعبارة حرفيا تقول

... who are as independent as hogs on ice.

- وبما يؤكد ذلك أن هيوز كان يمتد جلسات المحكمة فى الظهيرة ، ويحضر الجميع ذات مرة عدا القاضي Mc Reynolds ولما أرسل له رسولا ليخبره لأن المحكمة جاهزة للانتقاد ، أمر القاضي الرسول بأن يرجع ليخبر هيوز بأنه لايعمل عنده.

- راجع فى التفاصيل كتاب An Essential Safeguard ، للرجع السابق، ص ٦٧ وما بعدها.

(47) راجع فى وصف مارشال ، برنارد شفارتز ، القانون فى أمريكا ، ترجمة المستشار / ياقوت العشماوى ، دار المعارف ، ١٩٨٠ ، ص ٥٦ وما بعدها.

(48)من أجل نظرة أوسع عن مارشال وعهده راجع :

C. Warren, The Supreme Court In United States History (1923), p. 169 - 540.

R. Mc Closkey, The American Supreme Court, 1960. p. 54 - 80.

(49)راجع:

Inside The High Court, Time Magazine, November 5, 1979, p. 63.

(50)راجع:

Bob Woodward and Scott Armstrong, The Brethren: Inside the Supreme Court, New York : Simon & Schuster, 1979, p. 310 - 347.

(51)راجع :

Richard Kluger, Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality , New York : Alfred A. Knops, 1976, p. 582 - 699.

(52) راجع فى المقارنة بين فرانكفورتر وبلاك مقالة جيمس سيمون بكتاب

An Essential Safeguard, Op. cit. p. 72. z.

(53) راجع:

Bridges v. California and Times-Mirror Co. v. Superior Court, 314, U.S. 252 (1941).

(54) راجع:

Christopher E. Smith, Politics In Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers, 1992, p. 156 - 157.

(55) ونص عبارة بريتن حرفيا

I have no doubt that, if any group of law students were asked to apply the principles of Lemon to the question of legislative prayer, they would nearly unanimously find the practice to be unconstitutional.

راجع في ذلك المرجع السابق ص ١٥٦.

(56) راجع في الشجار بين القضاة

Stuart Taylor, Jr., Season of Snarling Justices, Akron Beacon Journal, April 5, 1990, p. A 11.

(57) راجع:

Bickel A., The Least Dangerous Branch, Op. cit, p. 115 - 116

(58) ونص عبارة المحكمة حرفيا للوجهة السلطة التنفيذية كماليلي :

..... We exceedingly regret every event that may cause embarrassment to your administration, but we derive consolation from the reflection that your judgment will discern what is right.

Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Little, Brown and Company, Second Edition, 1990, p.86.

(59) راجع:

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, (1984).

(60) تنص المادة الثالثة من الدستور في فقرتها الثانية على أنه " ستتمتع السلطة القضائية إلى جميع القضايا ، طبقا للمل والقانون والتي تنشأ في ظل هذا الدستور

(61) راجع القضية في

454, U. S. 44 (1982).

(62) تقول المحكمة حرفيا :

The federal courts have abdured appeals to their authority which would convert the judicial process into no more than a vehicle for the vindication of the value interest of concerned bystanders.

وتقول المحكمة حرفيا في موضع آخر

The exercise of judicial power, which can so profoundly affect the lives, liberty, and property of those to whom it extends, is therefore restricted to litigants who can show " injury in fact " resulting from the action which they seek to have the court adjudicate.

راجع في التفاصيل:

Geoffrey Stone and others, Constitutional Law, Op. cit. p. 94

(63) راجع: القضية في

418 U.S. 166 (1974).

(64) راجع قضية:

Duke Power Co. v. Carolian Environmental Study Group, 438, U.S. 59 (1978).

(65) راجع: رسالة د/ عادل عمر شريف ، للمرجع السابق ، ص ١٧٩

(66) يعتبر القاضي فرانكفورتر من أكثر القضاة تمسكا بقرينة الدستورية وذلك تأثرا بالفكار السيد/ جيمس براينلي تير والذي كان يرى أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية حال خطأ المشرع فقط ولكن عندما يكون الخطأ شديد الوضوح بحيث لا يكون له أي أساس منطقي، والمعتقد أن الدستور لا يفرض خيارا محمدا على المشرع ، ومن ثم فإن خيار المشرع عادة وأيما كان أسلوبه يكون دستوريا ، في ذلك راجع :

Harry H. Wellington, Interpretation The Constitution, Yale University Press. New Haven & London, 1990, p. 72 - 73.

(67) راجع: رسالة د/ كمال أبو المجد ، للمرجع السابق ، ص ٤٥٦ - ٤٦٠.

(68) راجع: في المسائل السياسية ، رسالة د/ كمال أبو المجد ، للمرجع السابق ، ص ٤٧٩ وما بعدها.

(69) راجع رسالة د/ عادل عمر شريفه للمرجع السابق، ص ١٥٨.

7 How. 1 (1849)

(70) راجع القضية في

(71) راجع: د/ عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية وبصر ، للمرجع السابق ، ص ١ وما بعدها.

(72) راجع القضية في

(73) راجع قضية:

(74) راجع: رسالة د/ كمال أبو المجد ، للمرجع السابق ، ص ٤٨٥ .

(75) راجع ، للمرجع السابق ، ص ٤٨٦.

- (76) راجع رسالة د/كمال أبو الجرد ، المرجع السابق ، ص ٤٦٠ - ٤٦٤ .
- (77) تنص الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي على أنه « سيكون للكونجرس سلطة..... تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية وفيما بين الولايات المختلفة » .
- (78) ينص التعديل الرابع على أنه « لن يعتدى على حق الشعب في أن يكون آمناً في اشخاصه وبياره وأوراقه ومقتنياته ضد أعمال التنقيب والاعتقالات غير المعلقة » .
- (79) ينص التعديل السادس على أنه « في جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المرم بحق في محاكمة سريعة وعلنية .. وأن يستعين بمحامٍ للدفاع عنه » .
- (80) ينص التعديل الرابع عشر على أنه « ... لا يحق لأي ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل ، ولا يحق لها أن تحرم أى شخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية القانونية .
- (81) راجع: Buck, v. Bell, 274 U.S. 200, 208 (1927)
- (82) راجع: Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- (83) راجع قضية برون الشهيرة سالفة الذكر.
- (84) راجع: Regents of the University of California v. Bakke, 438, U.S. 265 (1978).
- (85) راجع قضية دريسكوت بكتاب قضائياً دستورية ، ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ، المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها:
- (86) راجع:
- Donald E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Op. cit. p. 76. s.
- (87) راجع :
- NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 460 (1958).
- (88) راجع:
- Mapp v. Ohio, 367, U.S. 643 (1961).
- (89) راجع:
- Brown v. Mississippi, 297, U.S. 278 (1936).
- (90) راجع:
- Mallory, v. United States, 354, U.S. 449 (1957).
- (91) راجع:
- Donald , E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Op.cit. p. 89. s.
- (92) راجع تلك القضية في :
- 3 U.S. (3DALL.) 386 (1798).
- (93) راجع اعتراض القاضى بلاك على الحكم الصادر في قضية
- Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 499, 510 (1965).
- (94) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٢١ .
- (95) الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٥/٤/٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٩٧ .
- (96) الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق ، جلسة ١٩٩٤/١/١٩ ، الجزء السادس ، ص ١١٧ .
- (97) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٢١
- (98) الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، الجزء السادس ، ص ٢٧٩
- (99) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ ، ١٦٤ .
- وراجع استعراضاً تفصيلياً لأعمال السيادة والأعمال السياسية في قضاء المحكمتين العليا للدستورية وللستورية العليا بذات المرجع السابق ، ص ١٦٤ - ١٦٨ .
- (100) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ .
- (101) راجع المصاوى أرقام ١٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٩ ، ٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٥ و ٢٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ ، ٢٣ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٩٠/٤/١٥ ، الموسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا ، ١٩٩٥ ، ص ٤٦٥ .
- (102) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ ، ج ٥ ، ص ٣٦٦ .
- (103) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٤ ق تنفيذ ، جلسة ١٩٩٠/١٠/٩ ، الجزء الرابع ، ص ٥٢٤ .
- (104) الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٥/١/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٤٩٤ .
- (105) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٤ ق تنفيذ ، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ ، ج ٥ ، ص ٥٢٣ .

الباب الخامس

محاولات الحد من دور المحكمة العليا
في الولايات المتحدة الأمريكية
والمحكمة العليا في مصر

تقسيم :

نظراً لأهمية وخطورة القضاء الدستوري فإنه من الطبيعي أن يوجد من يعارض أحكامه ويحاول أن يقاومها ، ومن الطبيعي أن نجد القضاء الدستوري مهاجماً في بلدانه .
وسوف نركز في هذا الباب على المحاولات الهجومية التي تعرض لها ذلك القضاء في أمريكا ومصر كل في فصل مستقل، وفي فصل ثالث سوف نركز على مستقبل تلك الرقابة .

الفصل الأول

محاولات الحد من دور المحكمة العليا الأمريكية

تمت هذه المحاولات في صور متعددة ، وسوف نستعرض كل صورة منها في مبحث مستقل على النحو التالي :

المبحث الأول : التعديل الدستوري.

المبحث الثاني : سحب السلطة القضائية .

المبحث الثالث : زيادة عدد أعضاء المحكمة .

المبحث الرابع : عدم الإذعان لحكم المحكمة .

المبحث الأول

التعديل الدستوري

تمهيد:

لا شك أن أكثر وسيلة تعبر عن عدم رضا الشعب عن أحكام المحكمة هي التعديل الدستوري كرد فعل لتلك الأحكام أو على الأقل محاولة إحداث هذا التعديل.

وطبقا للمادة الخامسة من الدستور لا يتم التعديل إلا باقتراح الكونجرس عندما يرى ثلثا الأعضاء في كل من المجلسين ضرورة ذلك أو بناء على طلب المجالس التشريعية لثلثي الولايات عقد مؤتمر لاقتراح التعديلات التي تصبح في أي من الحالتين جزءا من الدستور عندما تتم الموافقة عليها بواسطة المجالس التشريعية لثلاثة أرباع الولايات أو بواسطة المؤتمرات في ثلاثة أرباع الولايات⁽¹⁾.

وهكذا يبين أن فرصة إجراء التعديل الدستوري صعبة المنال ، وذلك مقصود لتحقيق الاستقرار الدستوري من ناحية ، ومن ناحية أخرى لإعطاء الفرصة لكل جيل ليشارك في وضع الدستور وبغير

ذلك سيقبل اهتمام الشعب بالأعمال العامة ، وهو أمر لا يمكن الاستغناء عنه، بل هناك من رأى أن الاضطرابات قد ينتج عنها الخير لأنها تبه الحكومة وتمنعها من الانزلاق إلى طريق المخاطر⁽²⁾.

وقد جعلت العديد من الولايات إمكانية تعديل الدستور فيها متوقفة على استفتاء شعبي بسيط ، وهكذا يتبين أن المشاركة الشعبية في وضع التعديلات الدستورية سواء على المستوى الفيدرالي أو في الولايات قد أصبحت حقيقة واقعة.

وحتى تاريخه تم إجراء (ستة وعشرين) تعديلا للدستور الفيدرالي جاء أربعة منهم لمواجهة أحكام من المحكمة العليا غير مرضى عنها ، وتلك التعديلات هي، التعديل الحادي عشر⁽³⁾ وهو الذي يحد من اختصاص القضاء الفيدرالي وقد جاء كرد فعل للحكم في قضية *Chisholm v. Georgia* (4)، والتعديل الرابع⁽⁵⁾ عشر والذي اعتبر الأمريكيين نوى الأصل الإفريقي متممين للولايات المتحدة الأمريكية وقد جاء هذا التعديل كرد فعل للحكم في قضية *Scott v. Sandford*⁽⁶⁾ ، والتعديل السادس عشر⁽⁷⁾ والذي وسع من سلطة الكونجرس في فرض الضرائب وقد جاء كرد فعل للحكم في قضية⁽⁸⁾

Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co. ، والتعديل السادس⁽⁹⁾ والعشرون والذي حدد سن التصويت وجاء كرد فعل المحكمة في قضية *Oregon v. Mitchell*⁽¹⁰⁾. وهناك محاولات عديدة للتعديل كرد فعل لحكم المحكمة لم يصبها النجاح ، وكانت هذه المحاولات في مجالات متعددة، كعمالة الطفل ، والإجهاض ، والصلاة بالمدارس ، والميزانية .. الخ. وقد اشتهرت فترة السبعينات والثمانينيات بها.

وسوف نستعرض في المطلبين التاليين قضيتين⁽¹¹⁾ حديثتين أدى الحكم فيهما إلى محاولة أخيرة وليست آخرة لتعديل الدستور لمنع المحكمة من الاستمرار في اتجاهها الذي تبنته إلا أنها باءت بالفشل.

المطلب الأول

قضية⁽¹²⁾ *Texas v. Johnson*

تلخص وقائع تلك القضية في أنه أثناء انعقاد مؤتمر الحزب الجمهوري بمدينة دالاس سنة ١٩٨٤ اشترك المدعو *Johnson* في مظاهرة سياسية تنبذ سياسات الحزب الجمهوري وإدارة الرئيس ريجان ، وسارت المظاهرة عبر شوارع المدينة وهي تنشد الأناشيد المعادية ، ويكتب المتظاهرون على الحوائط وجعلوا بعض الأشياء ولم يشترك المدعو جونسون في أمر من ذلك ، واقتصرت كل ما فعله على أنه أخذ العلم الأمريكي من زميل له ثم سكب عليه الكيروسين وحرقه ، ولم يؤذ أحد من جراء هذا الفعل . وقد أدين جونسون بتهمة انتهاك العلم تطبيقا لأحكام قانون ولاية تكساس الذي يعاقب على هذا الأمر ، وحكم عليه بالسجن سنة وغرامة ٢٠٠٠ دولار ، ولما طعن أمام المحكمة العليا ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية القانون الآنف.

وتأسس الحكم على أن التعديل الأول للدستور يمنع الحد من حرية التعبير، وأن ذلك لا يقتصر على الكلمة المكتوبة وفقما استقرت عليه المحكمة منذ زمن، فإذا كان السلوك قد قصد منه توصيل رسالة خاصة فإنه تعبير بالكلمة المكتوبة ، ولما كانت ولاية تكساس قد أقرت أن السلوك قصد منه

التعبير عن موقف وهو رفض إعادة ترشيح الرئيس رونالد ريغان لفترة رئاسة ثانية ، فمن ثم فإنه ينطبق عليه التعديل الأول .

وعن دفع الولاية بأن الإدانة قصد منها منع خرق السلام والمحافظة على العلم كرمز لوحدة المجتمع، ذهبت المحكمة إلى أن أيًا من المصلحتين السالفتين غير متوفر ، إذ لم يثبت أن هناك إخلالاً بالسلام قد حدث أو هدد بحدوثه من جراء سلوك المتهم ، إذ لا يعد بذاته استفزازاً يدعو المرء للتأثر أو يحدث له إهانة شخصية تدعوه للاشتباك والشجار مع المتهم ، كما أن التجريم سوف يؤدي لانتهاك حرية التعبير المحمية بالتعديل الأول ، إذ لا يمكن للحكومة أن تحرم تعبيراً لمجرد عدم اتفاقها معه.

وقد استدركت المحكمة وأكدت أنها تقدر رغبة الحكومة في الحفاظ على العلم كرمز خالص للوطنية ، إلا أن ذلك لا يجب أن ينال من وسائل الاحتجاج السياسي.

وإذ يشكل حرق العلم أكبر صور تحريك المشاعر الوطنية ، فإن أفضل وسيلة لمقاومة هذا الفعل هو استمرار التبريل والتوقيف لهذا العلم.

وخلاصة الأمر أنه لما كان قد استقر في يمين المحكمة أن جونسون أدين لقيامه بسلوك تعبيرى وأن الادعاء بانتهاك السلام لم يثبت من جراء فعله المذكور، فمن ثم لا أساس لإدانة هذا التعبير وهكذا خلصت المحكمة لعدم الدستورية .

وقد أصدر القاضي كيندى رأياً مؤيداً للحكم كتب فيه أنه فى بعض الأحيان تضطر المحكمة لإصدار أحكام غير مستحبة ، إلا أن ما يدفعها لذلك حقيقة أن قضاها هو الحق وفقاً للدستور . وقد احتج على هذا الحكم - احتجاجاً له وجاهته - رئيس القضاة رنكوست واشترك معه القاضي ويت والمقاضية أوكتر.

ويرى الرأى المحتج أن العلم الأمريكى منذ أكثر من مائتى سنة هو رمز لوحدة الأمة ولا يمثل وجهة نظر أى حزب سياسى ولا فلسفته ، إذ إن العلم ليس فكرة أو وجهة نظر تخضع للخلاف فى سوق وجهات النظر ، إذ هو فى حقيقته أمر مستقل عن المعتقدات والانتماءات الاجتماعية والسياسية وكذا عن التعبير عن الأفكار ، ولا يمكن تصور أن ما ورد بالقانون المقضى بعدم دستوريته يخالف حق الدستور، خاصة وقد تماثلت معه قوانين سبع وأربعين ولاية أخرى.

المطلب الثانى

قضية United States v. Eichman⁽¹³⁾

لما صدر الحكم فى القضية الأتفة أثار استياء عظيماء لدى الكونجرس وغيره من الجهات والطوائف الشعبية ، وسارع الكونجرس إلى إصدار قانون فيدرالى يعاقب على انتهاك العلم ، الأمر الذى دفع إلى تعدد حرق العلم بعد صدور هذا القانون لمعرفة مدى إصرار المحكمة على موقفها، وهنا صدر الحكم سريعاً سنة ١٩٩٠ بعكس قانون ولاية تكساس الذى صدر بصدد الحكم بعد خمس سنوات من وضعه.

وفى تلك القضية أشارت المحكمة ابتداءً إلى أن قانون ولاية تكساس الذى حرم حرق العلم قضى بعدم دستوريته ، وأن الحفاظ على العلم كرمز للوطنية ووحدة المجتمع لايجوز أن يكون بقمع التعبير

الحر وإلا أخل ذلك بالتعديل الأول للدستور.

وأشارت المحكمة أيضا إلى أن الحكومة في الدعوى محل النظر قد اعترفت أيضا كما حدث في القضية السابقة بأن السلوك المقترف هو سلوك تعبيرى أيضا مثله مثل سلفه.

ورفضت المحكمة دعوة الحكومة لتغيير وجهة نظرها في الأمر بحجة وجود إجماع شعبي National Consensus لصالح تحريم حرق العلم ، وأكدت على أنه بفرض وجود هذا الإجماع فإنه لا يزيد من ثقل المصلحة في منع التعبير الحر، إذ لا يزال التعارض مع الدستور قائما.

وخلصت المحكمة إلى أنه لما كان القانون الفيدرالى المطعون فيه غير مميز ولا مختلف عن قانون ولاية تكساس ، فمن ثم فإنه ينطوى على ذات العيوب الدستورية التى بالقانون الأخير بل وبصورة أكبر لاتساع مجال تطبيقه عن قانون ولاية تكساس.

وقد احتج على هذا الحكم أربعة قضاة احتجاجاً له وجاهته وقيمته وقد اشترك فى الاحتجاج رئيس القضاة رينكوست والقضاة ستيفنز ، وبت ، وأوكر.

ويقوم هذا الرأى على ركيزة من أن المحكمة انتهت من حيث يجب أن تكون البداية، إذ إن الحكومة بالطبع لا تستطيع أن تحرم التعبير عن الأفكار لمجرد أنها ترى أن الفكرة ذاتها معيبة ولا تتفق معها ، ولا أحد من المشتركين فى الرأى المحتج يخالف ذلك، إلا أن بعض التعبيرات يجب تحريمها حال توافر ما يلى :

١ - إذا كان التحريم تسانده مصلحة لا علاقة لها بقمع الأفكار التى يرغب المتحدث فى التعبير عنها.

٢ - إذا كان التحريم لا يتداخل بأى صورة مع حرية الشخص فى التعبير عن أفكاره بوسائل أخرى من حقه الاختيار بينها.

والحكومة الفيدرالية يجب أن يعترف لها دائما بتوافر المصلحة الشرعية فى حماية القيمة الرمزية للعلم الأمريكى، وهى مصلحة من الصعب قياسها أو وصفها ، وإنما يمكن التقرير بأن لها جانبين :

الأول : أنه فى وقت الأزمات الوطنية يلهم ذلك العلم المواطن العادى ويزيد من دافعه وقدرته على عمل التضحيات اللازمة لتحقيق الأهداف الاجتماعية اللازمة للسيطرة على الأزمة .

الثانى : أنه فى الأوقات جميعها « سواء وقت الأزمة أو خلافه » ، فإن العلم يشكل روح الالتزام الوطنى بمبادئ الحرية والمساواة والتسامح التى دافع عنها الأمريكيون طوال تاريخهم ، إذ النضال من أجل الحرية والمساواة لم يتوقف أواره ، والالتزام بالتسامح مع الآخرين ينطوى على ضرورة احترام هؤلاء الذين تختلف معهم .

ولما كان الواضح أن تحريم انتهاك العلم لا ينطوى على تدخل فى حرية المتكلم فى التعبير عن آرائه بوسائل أخرى ، وإذا كان البادئ أن حرق العلم هو من أكبر الوسائل لجذب الانتباه إلى الأفكار والمعتقدات . إلا أن ذلك لا يعد سببا كافيا لتحسين إحراق العلم، إذ إنه بالتعمق فى الأمر تظهر وسائل أخرى يمكن اللجوء إليها لجذب الانتباه أكثر جاذبية من حرق العلم كالجوء مثلا إلى عرض للألعاب النارية أو غيره من الأمور غير المحرمة .

وخلص هذا الرأي إلى أن القيمة الرمزية للعلم الأمريكي تأثرت بشدة بحكم المحكمة في قضية جونسون سنة ١٩٨٩ ، ولم يعد للعلم الأمريكي هذه القيمة التي كانت له في عيون الأمريكيين.

والحق أن الرأي المحتج - في اعتقادنا - يقوم على حجج تفوق رأي الأغلبية، وإذا كانت المحكمة منقسمة في هذا الحكم بحيث صدر بأغلبية خمسة فقط من القضاة ضد أربعة محتجين إضافة إلى أغلبية الكونجرس وقطاعات عريضة من الشعب فهذا يبرر سبب اقتراح تعديل الدستور. وقد نص الاقتراح على تخويل الكونجرس والولايات سلطة تحريم الانتهاك المادي للعلم ، ورغم تصويت الأغلبية لصالح التعديل إلا أن أغلبية الثلثين اللازمة لتعديل الدستور لم تحقق وفشل هذا الاقتراح .

وإذا كان التعديل الدستوري المبتدأ كقاعدة عامة أمر مفيد يؤكد عدم قدسية الوثيقة الدستورية وإمكان تغييرها بما يتلاءم مع الظروف ويجب تأييده كلما كان يعالج عيوباً خطيرة بالوثيقة الدستورية ، وكما خلا من محاولة فرض نظرية فقيهة خالصة ، فأننا نرى أن التعديل الدستوري كرد فعل لأحكام المحكمة غير المرضي عنها لا يقل عن النوع الأول فائدة إذ ينطوي على ذات مزاياه، إضافة إلى تأكيد أن أحكام المحكمة ليست هي الأخرى مقدسة وإنما يمكن تغييرها ، وتأكيد الحوار ما بين المحكمة والفرعين الآخرين للحكومة والشعب ككل بما يمنع من انعزال المحكمة عما يحيط بها.

المبحث الثاني

سحب السلطة القضائية الاستثنائية

تنص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي في فقرتها الأولى على أنه «ستخول السلطة القضائية في الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ولحاكم أقل حسبما يأمر به الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر ...».

وتنص الفقرة الثانية من تلك المادة على أنه « ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا طبقاً للعدل والقانون وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل ، وتلك التي تكون إحدى الولايات طرفاً فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية ، وفي جميع القضايا التي ذكرت من قبل ستكون للمحكمة السلطة القضائية الاستثنائية، سواء من ناحية القانون أو من ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد ... » . والمتفق عليه أن المادة الثالثة من الدستور لم تتضمن إلزاماً على الكونجرس بإنشاء المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا، ومن ثم فإن له السلطة الكاملة - إذا ما قدر أن ينشئها - أن يقيد اختصاصها في حدود معينة مع مراعاة أن ينشئ الكونجرس ولو محكمة فيدرالية واحدة تتولى الاختصاصات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثالثة والتي لا تختص بها المحكمة العليا بصفة أصلية.

ويستطيع الكونجرس عن طريق سحب السلطة القضائية الاستثنائية من المحكمة العليا الحد من دورها ، وقد ظهر ذلك جلياً وبيدياً في قضية المدعو مكاردل⁽¹⁴⁾ والذي نشر في صحيفة المسيسيبي مقالات اعتبرت حينئذ خطاً خطة إعادة البناء التي كان الكونجرس قد تبناها بعد الحرب الأهلية ، فقبض عليه بتهمة القذف والإخلال بالسلام والحض على العصيان المسلح والعنف وعدم النظام.

وسعى مكاردل إلى إصدار (أمر إحضار) وهو ما يسمى ⁽¹⁵⁾ "Habeas Corpus" من المحكمة الفيدرالية بالسياسي بحسبان أن الكونجرس تنقصه السلطة الدستورية لإنشاء حكومة عسكرية في الولايات ، وقد كانت القضية وفق ذلك الفهم تعتبر تحدياً حقيقياً لسلطة الكونجرس في إعادة البناء بعد الحرب الأهلية ، وقد خسر المذكور قضيته أمام محكمة السيبيسي الأمر الذي اضطره لرفع دعواه أمام المحكمة العليا متمسكا بالقانون المنظم لأوامر الإحضار الصادر سنة ١٨٦٧ ، ولما خشي الكونجرس أن تكون هذه القضية هي الوسيلة لإبطال خطة إعادة البناء ، فقد سارع إلى إلغاء القانون المذكور وذلك سنة ١٨٦٨ - رغم اعتراض الرئيس على ذلك بحسبان أن الإلغاء يخالف الدستور .

ولما نظرت المحكمة العليا القضية قضت فيها بأنه لا بد للمحكمة بداية أن تنظر في اختصاصها قبل البحث في الموضوع ، ولما كان قانون مارس سنة ١٨٦٨ قد أزال الاختصاص المطلق للمحكمة العليا بقانون فبراير ١٩٦٧ فمن ثم لا يجوز للمحكمة أن تتفول في بحث الموضوع ، وإذا كان صحيحا أن المحكمة العليا لاستتمد اختصاصها الاستثنائي من قوانين الكونجرس وإنما من الدستور « وفق نص المادة الثالثة منه » ، إلا أن ذلك يكون بمرأعة ما يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد .

وهكذا فإن قوانين الكونجرس التي تنظم ممارسة الاختصاص القضائي يجب أن ينظر إليها كقوانين مآنة للاختصاص وليست كقوانين استثنائية على ما سبق منحه من الدستور .

ونهب المحكمة إلى أنها ليس لها أن تبحث في بواعث المشرع وإنما لها فقط أن تبحث في سلطته الدستورية ، ومن الثابت أن سلطة وضع استثناءات على القضاء الاستثنائي للمحكمة العليا مقرر بصريح نص المادة الثانية من الدستور ، وبدون اختصاص لا يحق للمحكمة العليا أن تنظر في موضوع القضية، إذ الاختصاص القضائي هو الذي يعطى المحكمة السلطة في إعلان حكم القانون على موضوع النزاع .

وفي تطبيق للمبادئ المذكورة على الوقائع، نهب المحكمة إلى أنه لما كان حق المحكمة العليا في نظر الاستثناءات على أحكام المحاكم الأدنى المتعلقة بالتظلم من أوامر الاعتقال والحبس قد أعطى بموجب قانون ١٨٦٧ وسحب بقانون ١٨٦٨ ، فليس للمحكمة إلا أن تقضي بعدم الاختصاص Want

. of Jurisdiction

ولا شك أن القول بإطلاق سلطة الكونجرس في تقييد الاختصاص القضائي الاستثنائي يعد - في رأينا - أمراً خطيراً إذ يمكن تحصيل القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات من رقابة الدستورية التي تتولاها المحكمة العليا، إذ قد يقوم الكونجرس بسن قانون ما مثلاً ويمنع المحكمة من النظر في دستوريته ، وقد يجرد الكونجرس المحكمة من الاختصاص القضائي بنظر كافة القضايا التي تثير مسائل فيدرالية، وهكذا يستطيع الكونجرس إذا ما أطلقنا له تلك السلطة على عواهنها أن يجرد المحكمة العليا من دورها الدستوري.

وهناك من يؤيد ⁽¹⁶⁾ هذه السلطة الكونجرسية ويرأها وسيلة قياسية لكبح المحكمة ومنعها من الوقوف ضد الإرادة الشعبية المعبر عنها بواسطة السلطة التشريعية ، وعند عدم استعمال هذه السلطة عمليا فإن معناه تعاطف الشعب مع المحكمة وتأييده ضمنيا لأوامرها .

وهذه السلطة تجد مصدرها في الدستور ذاته إذ إن حرفية النص لم تشر لقيود على الكونجرس في عمل هذه الاستثناءات .

وتوجد وجهة نظر مغايرة ترى أنه لا يمكن أن تظل سلطة الاستثناءات بالدور الدستوري للمحكمة العليا ، إذ إن صانعي الدستور قصدوا أن تقوم المحكمة بدور رئيسي في ظل مبدأ الفصل بين السلطات بأن تراقب خضوع الرئيس والكونجرس والولايات لحدودهم الدستورية ، فإذا كان للكونجرس أن يزيل الاختصاص القضائي للمحكمة العليا ، فسوف يستطيع بالتالي أن يحصن قوانينه وقوانين الولايات من رقابة الدستورية وهو الأمر غير الجائز، إذ إن مصطلح "exceptions" المنصوص عليه في المادة الثالثة يعنى في ذاته أن تلك السلطة محدودة .

والصعوبة في الأمر تظهر في تحديد المجال الذي بتحريم اختصاص المحكمة العليا بنظره نكون قد حططنا دور المحكمة الدستوري، إذ لا توجد فقرة في الدستور سواء فقرة الحماية المتساوية ولا أي فقرة أخرى تتطلب معاملة متساوية للموضوعات المختلفة فيما يتعلق بموضوع الاختصاص القضائي.

ويمكن محاولة التماس الأمر في قضية *United States v. Klein*⁽¹⁷⁾ حيث يبدو أن المحكمة عدلت عن اتجاهها في قضية مكاردل سالف الذكر.

وتلخص وقائعها في أن المدعو Klein رفع دعواه بطلب التعويض عن ممتلكاته المقتضية إبان الحرب الأهلية ، وكان لزاما ليحصل على التعويض أن يثبت أنه لم يكن مسانداً للاضطرابات التي حدثت أثناء الحرب تجاه الحكومة الوطنية، وقضى لصالحه بالفعل من المحكمة الأدنى استناداً إلى أن العفو الرئاسي الحاصل عليه يعد دليلاً على أنه لم يكن مشتركاً في الأحداث، وأثناء نظر الاستئناف أمام المحكمة العليا أصدر الكونجرس قانوناً ينص على أن العفو الرئاسي دليل على المشاركة في الاضطرابات ضد الحكومة وعلى المحاكم أن تقضي بعدم اختصاصها بنظر القضايا السالفة.

وقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية هذا النص تأسيساً على أن عدم الاختصاص يمثل حينئذ تدخلاً في عمل القسم القضائي بالنسبة للقضايا المنظورة أمامه مما يتعارض مع فصل السلطات، رغم أن النص من وجهة نظر فقرة الاستثناءات لا مخالفة دستورية فيه .⁽¹⁸⁾

وهكذا رغم المعيار الصعب الذي وضعته المحكمة يمكن القول أن النص المطعون فيه في هذه القضية غير دستوري بصفة مستقلة عن فقرة الاستثناءات لتدخله في العقيدة القضائية ويزن القضاء للأدلة، وهي من الأمور التي يعد المساس بها مساساً بالوظائف المنطقية المتروكة ⁽¹⁹⁾ للقضاء .

المبحث الثالث

زيادة عدد أعضاء المحكمة

لقد كان عام ١٩٣٧ ممثلاً لثورة في التفسير الدستوري أثبتت أن الدستور الذي كتب قبل حوالي ١٥٠ عاماً من ذلك الوقت يمكن تطويره بما لا يفقده صفاته الأساسية وقدرته على الحفاظ على المجتمع الصناعي المتحضر ، وقد غيرت تلك الثورة من تفسيرات كل من فقرتي الإجراء المشروع والتجارة بين الولايات، وذلك ناجم عن ضرورة موامة الاحتياجات الناتجة عن الكساد الكبير الذي حدث قبلها.

والحق أن عقد العشرينات كان يبدو أنه عقد حماية قيم الرأسمالية غير المنظمة عن طريق القيود الدستورية ، فقد شهد تحسناً كبيراً في أحوال المصانع والمناطق العشوائية وحدث إيمان لا يساندُه أساس ثابت في جانبية المال والصناعة .

وتظهر روح العشرينات من القرن العشرين (سنة ١٩٢٠ وما بعدها) جليلة في النظر لشخصية المرشحين لانتخابات الرئاسة، فمرشح الحزب الجمهوري والذي كان رئيساً وقتها هو كالفين كولدج Calvin Coolidge والذي أعلن صراحة أن شغل أمريكا الشاغل هو العمل :

"The business of America is business"، بينما منافسه John W. Davis كان محامياً شهيراً بإحدى المؤسسات المالية الكبيرة .

وعلى صعيد آخر نجد أن هذه الفترة قد شهدت ركوباً كبيراً لحركة الإصلاح التحرري والتقدمي، ولا شك أن هذا الوضع لم يكن وضعاً طيباً إذ كان يشبه الفقاعة التي يمكن أن تنفجر في أي وقت، وبالفعل حدث ذلك الانفجار وبالتحديد في نوفمبر ١٩٢٩ واشتدت جسامته ذلك الانفجار سنة ١٩٢٢ حيث انهارت أسعار الأسهم في البورصة وفقدت ٩٠٪ تقريباً من قيمتها ، وفي الفترة من ٢١ ديسمبر ١٩٢٠ إلى ٢١ ديسمبر ١٩٢٣ هبط الإنتاج الكلي هبوطاً شديداً، وخُفضت الأجور للنصف وكان واحد من كل أربعة عمال قادرين على العمل لا يعمل ، وكان الإفلاس البنكي على أشده ، وكان من المعتاد أن نجد من بين العمال رجل الدين والمهندس ورئيس المدرسة والبنك .

وفقدت الثقة في رجال المال والصناعة بحسبان أنهم تسببوا في حدوث هذا الانهيار، وفي ظل هذه الظروف العصيبة التي مرت بها الولايات المتحدة وجه الرئيس روزفلت خطابه في مارس ١٩٣٣ مؤكداً واثقاً بأن «الشيء الوحيد الذي يجب أن نخاف منه هو الخوف نفسه» (20) .

وقد وُجد كثيرون آمنوا بقدرة روزفلت على إنقاذ الشعب الأمريكي وأكدوا أن الشعب معه ، ولم يكن تجاوز تلك الأزمة الكبيرة سهلاً إذ كان يحتاج حكومة نشطة تلبي الاحتياجات الأساسية للعمال ، وتوفير الغذاء والكساء والسكنى للمتطلين ، ومن ثم فإن الأمر في حقيقته كان يحتاج لعمل قومي .

وقد قادت الفلسفة الجديدة إدارة روزفلت كي تمد الناس بالنقود والوظائف كما أدت إلى وضع التشريعات وتأسيس وكالات حكومية تبنى على أساسها السياسات الوطنية لمدة لا تقل عن نصف قرن، ومما يمثل هذه الفلسفة قانون التعديل الزراعي ، وقانون علاقات العمل الوطنية ، وقانون مقاييس العمل العادلة، وقانون الضمان الاجتماعي.

وكان العديد من قوانين المعاملة الجديدة مشكوك في دستورتها وفق السوابق المقررة من المحكمة العليا سلفاً، وكان السؤال المثار هل ستهجر المحكمة العليا تلك السياسة القديمة أم ستتمسك عليها ؟.

وفي البداية أصرت المحكمة على عقيدتها القديمة وإيمانها بسياسة السوق الحرة من خلال العرض والطلب ، وبالحكومة الصغيرة غير المتدخلية في شئون الأفراد وباستقلال الولايات باعتبار أن ذلك من المبادئ الأساسية بالدستور، وكان الإجراء الأساسي لإيقاف الانخفاض في الأجور الصناعية والأسعار هو إنشاء إدارة الإنعاش الوطني والتي هي عبارة عن وكالة فيدرالية تصدر التشريعات المثبتة للحد الأدنى للأسعار والأجور والمحرمات للممارسات التنافسية الهدامة، وبناء على طعن من تاجر طيور حية والذي كان يشتري معظم إنتاجه من ولايات أخرى إلا أنه كان يبيعه فقط لتجار التجزئة

نيويورك قضى بعدم دستورية التشريع الأساسى فى هذا الشأن على أساس أن فيه تفويضاً غير جائز للسلطة التشريعية لصالح جهات تنفيذية (21)، وأيضاً بالإضافة إلى أساس آخر أكثر أهمية ألا وهو أن نشاط تجار التجزئة كان يقع خارج سلطات الكونجرس لأنه لا يتعلق بالتجارة بين الولايات.

وفى سنة ١٩٣٢ صدر قانون التعديل الزراعى *the Agricultural Adjustment Act* والذى حاول أن يُثبت أسعار المنتجات الزراعية بأن فرض ضريبة على المنتجات الزراعية كتدعيم للمزارعين الذين وافقوا على تخفيض أراضيهم المستزرعة بالحصائل، وفى سنة ١٩٣٦ وفى قضية *United States v. Butler* قضت المحكمة العليا (22) بعدم دستورية القانون ، كما قضت المحكمة أيضاً بتأييد حكم المحكمة العليا لولاية نيويورك والذى قضى بعدم دستورية قانون الولاية بوضع حد أدنى لأجر المرأة بحسابه يتخلل فى حرية التعاقد (23).

وفى قضية *Act Carter v. Carter Coal Co* (24) أكدت المحكمة العليا أن الكونجرس ينقصه السلطة فى أن يشرع فى مسائل الأجور وساعات العمل بالنسبة لعمال الفحم حتى ولو كان العمل فى مجال الفحم يمثل صناعة وطنية ، إذ إن المنتج ناجم عن نشاط محلى خالص، ومن ثم لا يمكن أن تكون المنتجات ممثلة فى شكل من أشكالها تجارة بين الولايات. وقد كان رد فعل الرئيس روزفلت شديداً إذ انتقد المحكمة وأكد أنها لا زالت تعيش فى عصر الحصان والعربة الكارو *in the horse and buggy age*.

ونظراً للطبيعة غير الديمقراطية لتكوين المحكمة العليا ، بمعنى أن قضاتها غير منتخبين من الشعب مباشرة ، فقد لعب الرئيس روزفلت على هذا الوتر الحساس إذ أكد بخطابه بالراديو على أنه يجب البحث عن وسيلة لإنقاذ الدستور من المحكمة والمحكمة من نفسها ، ودعى إلى إيجاد طريقة لاستئناف أحكام المحكمة العليا لصالح الدستور نفسه إذ إنه يريد محكمة تقر العدل وفق أحكام الدستور نفسه لا وفق هواها ومزاجها الشخصى (25).

وقد قاد الرئيس فى ٥ فبراير ١٩٣٧ حملة مباشرة على المحكمة واقترح تعديل قانون المحكمة العليا بأن يعين قاض جديد لكل قاض تجاوز السبعين ولم يستقل، إذ إن عبء المحكمة شديد والقضاة مثقلون بالعمل ولابد من عملية تغيير لدم المحكمة ، ولم يشك أحد فى الهدف من مشروع القانون الأنف إذ إنه بتعيين ستة قضاة جدد ليساعدوا الستة الذين تجاوزوا السبعين بالمحكمة آنذاك والذين كانوا متحفظين فى اتجاههم فإن ذلك سيمكن روزفلت من تعيين قضاة مؤيدين لسياسة المعاملة الجديدة، وقد صرح روزفلت بذلك صراحة إذ أكد بعد ذلك بحوالى شهر أنه يقصد أن يحضر رجلاً أصغر يصدرين حكمهم فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية بالديهم من خبرة شخصية واتصال بالواقع الجديد والظروف التى تواجه الناس فى حياتهم وعملهم (26).

وقد هزمت خطة تكديس المحكمة رغماً عن انتصار الرئيس الساحق فى الانتخابات التى سبقتها بعدة أشهر ورغماً عن المساندة الشعبية للقوانين المقضى بعدم دستورتها، إذ تعرضت تلك الخطة لهجوم شديد عليها فأرسل القاضى لويس برانديز وكارلس إيفانز هيويز رئيس المحكمة خطاباً للجنة القضائية بالكونجرس أظهرها فيه أن المحكمة متماسكة وموحدة وأنها ستكون أقل فاعلية إن أصبحت مكونة من خمسة عشر قاضياً- رغم أن من المعروف بالأخص أن برانديز كان من أشد المحتجين على قرارات المحكمة .

ورغم أن كثيراً من الانتقادات كانت على أساس حزبي إلا أن الأساس في هزيمة هذه الخطة ورفض مشروع القانون هو إدراك الشعب الأمريكي عامة أن خطة تكريس المحكمة لتغيير اتجاهها من شأنه أن يحطم استقلالها ويحد من المبادئ الدستورية التي تقوم عليها الولايات المتحدة ، وقد ساعد على إنهاء هذه الخطة تماماً تحويل المحكمة لاتجاهاتها الأنفة القائمة على الحرية الاقتصادية وتقييد سلطات الكونجرس وهو ما أكدته البعض بأنه قد أنقذ المحكمة بأن ذكروا أن هذا التحول في وقته قد أنقذ التسعة قضاة A stick in time saves nine ، وقد بدا التغيير واضحاً في قضية West Coast v. Parrish⁽²⁷⁾ إذ أكدت المحكمة بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة دستورية قانون ولاية واشنطن والذي نظم مجلساً يتولى وضع حد أدنى للأجور بالنسبة للمرأة في المهن المختلفة بحسبان أن ذلك القانون يحقق المصلحة العامة بمراعاته للضعف النسبي لسلطة المساومة لدى المرأة ويمنعه الأجور التي لا تكفي نفقات الحياة ، وهكذا فقد اعتبرت المحكمة أن مثل هذه التشريعات تتفق مع فكرة الإجراء المشروع ، وألغت سوابقها القديمة المناقضة لهذه الفكرة وأيدت التشريعات الصادرة عن الكونجرس أو الولاية والتي تضع حداً أدنى لأجر المرأة أو حداً أقصى لساعات العمل .

وهكذا بتراجع المحكمة وبالتعيينات الجديدة بها والتي أجزاها روزفلت تغيير فكر المحكمة تماماً وأصبح من الممكن استخلاص المبادئ الآتية من موقف المحكمة الجديد: ⁽²⁸⁾

١ - إن القاضي يجب أن يكون حذراً حال قرأته لل فقرات الساحرة في الدستور مثل فقرة الإجراء المشروع ، وفقرة الحماية المتساوية، وفي استخلاصه للقانون الطبيعي، أو الحقوق الأساسية أو التعليقات الموروثة عن العرف الدستوري إذ إن كل ذلك تؤدي المبالغة فيه إلى نوع من التحكم القضائي والمؤدية لسيادة القيم الشخصية للقضاة .

٢- يجب ألا يفضل القاضي انتماءاته على انتماءات الكونجرس حال اختياره ما بين القيم المتعارضة والمختلف حولها مثل الحرية الاقتصادية .

٣ - يجب ألا يدين القاضي كثيراً في الحقائق التي قد تثير مسائل دستورية، إذ يجب أن يقبل الحقائق التي تؤدي لسلامة التشريع طالما كان لها أساس منطقي.

وفي سنة ١٩٤٠ تأكدت فلسفة السيادة التشريعية ، والقيود القضائية الذاتية وقد أوضحها تماماً القاضي هيوغو بلاك وهو أول تعيين للرئيس روزفلت بالمحكمة، وذلك عندما أكد أنه على القاضي أن يعود إلى الأصل الدستوري و ألا يحل معتقداته الاجتماعية والاقتصادية محل معتقدات الكونجرس والذي انتخب ليشرح القوانين .

المبحث الرابع

عدم الإذعان لحكم المحكمة

تقديم :

عندما تقضى المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون ما فإن تأثير هذا الأمر شديد ومتشعب ، ولأنه نادراً ما تجيب المحكمة العليا على كافة الأسئلة المطبقة بالأمر فإن هناك مجالات تظل غامضة وتحتاج إلى تدخل المحاكم الأدنى استناداً إلى روح الحكم ومقتضاه .

ولأن المحكمة لا تمتلك سلطة تنفيذ أحكامها فإنه من المتصور تدخل موظفين لإجراء التنفيذ ، وهؤلاء من الممكن ألا يذعنوا لحكم المحكمة .

وحتى يمكن تفهم الأمر يمكن التمثيل له بقضية رو سنة ١٩٧٣⁽²⁹⁾ والتي صدر فيها الحكم في صورة أمر منع للنائب العام بمقاطعة دالاس بالامتناع عن تطبيق قانون منع الإجهاض لمخالفته للدستور.

ولأن الدستور وأحكام المحكمة العليا هما القانون الأعلى للبلاد فقد أثر هذا الحكم على ثمان وأربعين ولاية أخرى كانت تطبق قوانين مشابهة للقانون المقتضى بعدم دستوريته.

وامتد تأثير الحكم إلى ملايين النساء الذين أصبح لهم الحق في الحصول على الإجهاض ، وإلى المشتغلين بطب النساء والمستشفيات ، والأباء المحتملين ، بل إلى الأجنة في بطون أمهاتهم.

ورغم هذا التأثير الشديد الانتعاش ، فقد ترك الحكم مجالات كثيرة لم يجب عنها مثل تأثير موافقة شريك المرأة الحامل على الإجهاض ، وتأثير موقف الوالدين ، ووضع التمويل الطبي للإجهاض ، وكل هذه المناطق الغامضة اضطرت المحاكم الأدنى أن تدلي فيها بدلوها لتملأ الفراغ تحت رقابة المحكمة العليا .

ويعد حكم المحكمة في قضية براون أيضاً مثالا واضحاً لتأثير الحكم الواسع والمراوغة المحاكم الأدنى.

ولما كان يحدث أن الأطراف المختلفة المسئولة عن تفسير الحكم وتطبيقه وغيرها قد لا يكون إذعانها لتطبيق الأحكام تاماً ، لذلك سوف ندرس في هذا البحث صوراً لعدم الإذعان ومبرراته في المطلب الأول وفي المطلب الثاني سوف نوضح رأينا في الموضوع .

المطلب الأول

حالات عدم الإذعان ومبرراته

أ - حالات عدم الإذعان⁽³⁰⁾

١) نظراً لأن المحاكم الأدنى تخضع للمحكمة العليا ، فإنها ملزمة بتطبيق أحكامها ، إلا أنه نظراً لوجود قيم شخصية لهؤلاء القضاة ربما تختلف عن قيم قضاة المحكمة العليا إضافة إلى أن نسبة قليلة من الطعون والالتماسات المقدمة للمحكمة العليا هي التي تقبل منها ، فإن احتمال عدم خضوع قضاة المحاكم الأدنى وارد كما أن سوء الفهم وارد أيضاً. وقد أثبتت الدراسات أن بعض قضاة المحاكم الأدنى آمنوا بأنه من الأفضل للأمة الأمريكية أن يحاولوا تجنب حكم المحكمة التاريخي في قضية براون والذي أنهى التفرقة العنصرية .

ونابراً ما معترض المحاكم الأدنى صراحة على أحكام المحكمة العليا ولكن يحدث منها نوع من المراوغة "evasion" وهي وسط ما بين الخضوع والاعتراض الصريح ، وتقوم المراوغة على التمسك بحرفية الحكم وليس بروحه ، وهو الأمر الذي لجأت اليه بعض المحاكم الأدنى فيما يتعلق بحكم براون حيث ذهبت إلى أن هذا الحكم يتعلق بالتعليم فقط ، ومن ثم سمحت بحدوث التمييز في غير التعليم كالمواصلات العامة وحمامات السباحة .. الخ.

ولا شك أن هذا التفسير اليوم غير مقبول لتعارضه مع فلسفة الحكم في قضية براون وهو ما أدى إلى إفشال ترشيح القاضي كارسل للمحكمة العليا لشدة الشك في إنهاء التفرقة.

ووجدت دراسات أكدت على وجود أمثلة للمراوغة وعدم الإذعان فيما يتعلق بقضاء الأحداث

وبالنسبة للتفتيش والقبض ووصل الأمر إلى التقرير بوجود فوضى كبيرة.

٢ - بالنسبة لحقوق المتهمين الجنائيين فإن البوليس قليلا ما يراعى القواعد القيمة التي وضعتها المحكمة العليا، فقد أثبتت أحد الدراسات أنه من بين ١١٨ متهما جنائياً روعيت تحذيرات الميراندا بالنسبة لعدد خمسة وعشرين متهما فحسب.

٣ - عند تنفيذ الأحكام عن طريق غير المحاكم يحدث أحيانا اعتراضات صريحة على الحكم ومثال ذلك ما حدث من المحافظ ماتيس محافظ ولاية أركانسو عندما منع تنفيذ حكم المحكمة في قضية براون بمدينة ليتل روك ١٩٥٧ الأمر الذي اضطر الرئيس أيزنهاور إلى إرسال قواته الفيدرالية لإنهاء التمرد .

وكما حدث بصورة أقل خطورة وإن كانت أكثر انتشاراً عندما استمر المدرسون بالمدارس العامة في قيادة التلاميذ في الصلوات بالمدارس ، رغم مخالفة ذلك صراحة لحكم المحكمة بمنعها ، والذين صدرا سنة ١٩٦٢ و ١٩٦٣ وكما حدث من جامعة كاليفورنيا عندما حددت عدد الأسويين المقبولين بها رغم صراحة مخالفة ذلك لحكم المحكمة الصادر سنة ١٩٨٧ .

ب - مبررات عدم الإذعان -

١ - إن المحكمة لا تمتلك سلطة النقود التي للكونجرس ولا سلطة السيف التي للسلطة التنفيذية ومن ثم فهي تعتمد في تنفيذ أحكامها على مكانتها وسلطتها المعنوية والتي تكون قابلة للكسر بالمقارنة بسلطة الفرعين الآخرين.

٢ - إن الأحكام القضائية على كافة المستويات من الناحية الفنية تلزم أطرافها فحسب ، ومن ثم فإن الأطراف الأخرى التي في مواقف مشابهة لا إلزام قانوني عليها بالخضوع ، ومن ثم فلها أن تجاهد لتتملص من حكم المحكمة العليا ، وقريب من ذلك ما حدث بالنسبة لحكم المحكمة العليا سنة ١٩٧٦ بأن عقوبة الإعدام للقتل مع سبق الإصرار يشكل عقوبة وحشية وقاسية إذ اضطرت المحكمة إلى القضاء في ٦٣ قضية أخرى بأحكام مماثلة وإن كان بصورة مختصرة لصالح أشخاص كان ينتظر توقيع عقوبة الإعدام عليهم.

٣ - وأحياناً يرجع عدم الإذعان إلى نقص الوضوح الكافي بالحكم ، إذ إنه حتى يصدر الحكم لابد أن تتفق أغلبية المحكمة على رأي ، ويحدث أن تكون المحكمة منقسمة انقساماً متكافئاً فتحدث مفاوضات وتنازلات لإصدار رأي الأغلبية والذي قد يصدر نهاية بصورة غير واضحة ، مما يعطي ضوما خافتا للمحاكم الأدنى لفهمه والإذعان إليه .

ومثال ذلك أن المحكمة أصدرت حكمها الصادر سنة ١٩٧٢ بشأن عقوبة الإعدام بعدم دستوريته بوصفها عقوبة وحشية وقاسية مما يخالف التعديلين الثامن والرابع عشر ، وكتب كل من الخمسة قضاة المشككين للأغلبية رأياً منفصلاً مما أثار الخلاف .

وأية ذلك أن ٧٠ ٪ من الولايات والكونجرس الفيدرالي أعادوا إصدار قوانين الإعدام أمليين أن تتفق مع الحكم ، واكتشف بعضهم أنهم أخطئوا لما أوضحت المحكمة حقيقة موقفها من العقوبة بأحكامها الخمسة التي صدرت سنة ١٩٧٦ .

ورأى البعض أن الفموض متصور حتى لو صدر الحكم بالإجماع كما حدث في قضية براون (31)

المطلب الثاني

رأينا في الموضوع

نرى أن هناك مغالاة عند التقرير بأن عدم الخضوع لأحكام المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قد استثنى وأصبح ظاهرة خطيرة أو أن الوضع قد أصبح ينجم بحوث كارتة .

فالثابت أن اتهام المرأة الحامل والطبيب الذي أجرى الإجهاض توقف تماما بعد حكم رو ، وأن تحذيرات الميراندا والتي تعد ملزمة حال القبض على المتهم الجنائي زادت قرائتها بعد أن فهمها البوليس جيدا . وبالنسبة لقاعدة الاستبعاد *exclusionary rule* والتي مؤداها أن الدليل الذي يتم الحصول عليه بصورة غير مشروعة لا يجوز الاتكال عليه في المحاكم الجنائية ، والتي فرضتها المحكمة العليا على المستوى الفيدرالي سنة ١٩١٤ وعلى مستوى الولايات في قضية *Mapp* (32) سنة ١٩٦١ ، فإنه وإن كان البعض مثل رئيس القضاة بيرجر قد رأى أنها لم تردع البوليس فإن الإحصاءات تثبت غير ذلك، إذ الخضوع للإلزام الاستثنائي بالتعديل الرابع بالحصول على أوامر التفتيش زاد جداً بعد الإلزام بتلك القاعدة .

وفي علاقة المحكمة بالكونجرس والتي تظهر جليا في قضايا إعادة التقسيم حيث يؤثر الحكم فيها على كيفية تشكيل الكونجرس ، عدلت المحكمة في قضية بيكر سنة ١٩٦٢ عن اعتبار الموضوع من قبيل المسائل السياسية واقتحمته بجرأة تحسد عليها ، ولم تعب الأغلبيّة باعتراضات القاضي فرانكفورتر حول الأمر، وقررت قاعدة أن لكل شخص صوتا واحدا .

وخلال عام من حكمي المحكمة في قضيتي *Reynolds v. Sims* و *Wesberry v. Sanders* (33) كان عدد ٤٥ ولاية قد عدلت قوانينها الانتخابية لتتفق مع قاعدة أن لكل شخص صوتاً واحداً . كما استطاعت المحكمة أن تفرض إرادتها على الفرع التنفيذي وهو من المفترض تساويه معها إلا أنه قبل السيادة القضائية على أخطائه ومواقفه .

والمثال الأساسي لذلك الأمر هو قضية ووتر جيت سنة ١٩٧٤ (34)، حيث كان الخصم هو الرئيس نيكسون وقد أجبرته المحكمة على تسليم شرائطه الخاصة للمحقق وعددها ٦٤ شريطا تنطوي على أحاديث بينه وبين أقرب مستشاريه الذين يثق فيهم رغم أنها قد تستخدم كدليل في المحاكمة الجنائية المتعلقة والخاصة بسبعة من مستشاريه .

ورغم أن نيكسون كان قد ألح هو ومساعدوه إلى أنهم لن ينفثوا الحكم لو صدر بتسليم تلك الشرائط إلا أن المحكمة قبلت التحدي ، وفي فترة ضئيلة تبلغ ١٦ يوما ما بين المجادلة الشفوية وإعلان الحكم أصدرت المحكمة بإجماع قضائتها حكمها بتسليم تلك الشرائط - ومن ضمن هؤلاء القضاة من تم ترشيحه من قبل نيكسون نفسه، وأوضحت المحكمة صراحة أن مبدأ عدم قابلية الملك للخطأ لا محل له في النظام الدستوري الأمريكي ، وأن ادعاء الرئيس بوجود امتيازات تنفيذية له تخوله سرية محادثاته واتصالاته يهزمه ويتطلب عليه ضرورة مراعاة الإجراء الواجب قانونا لتحقيق قضاء جنائي عادل والاحتياج الظاهر لدليل في محاكمة جنائية معلقة، وعلى الفور أذعن نيكسون وسلم الشرائط وبعدها بستة أسابيع استقال خشية من اتهامه جنائياً وعزله .

وصفوة القول أن عدم الإذعان لحكم المحكمة - وفق ما نرى - يشبه عدم إذعان قائد السيارات للحد الأقصى للسرعة المقررة قانونا ، بمعنى أن الأصل هو الإذعان والاستثناء (35) هو عدمه .

الفصل الثامن

مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا تقسيم :

المحكمة الدستورية العليا في مصر والقضاء الدستوري عامة في احتكاك دائم مع السلطتين الأخرتين إذ ليس سهلا على الفرعين الآخرين تقبل إبطال أعمالهما .

وبالنسبة لمحكمتنا برغم أنها تلتزم حدود الرقابة فلا تسرف ولا تحجم فيها كمسلك عام إلا أنها تعرضت في الفترة الأخيرة ومنذ أوائل ١٩٩٦ لهجوم عليها بدأه وفتح بابه د/ أحمد فتحى سرور رئيس مجلس الشعب ، واستكماله د. مصطفى أبو زيد فهمى ، وتدخل في الأمر أيضا د/ أحمد كمال أبو المجد - وإن كان تدخله حقيقية لصالح المحكمة .

وسوف تكون دراستنا في هذا الفصل على النحو التالى :

المبحث الأول: رأى د. أحمد فتحى سرور رئيس مجلس الشعب والرد عليه .

المطلب الأول : استعراض الرأى .

المطلب الثانى : الرد على رأى د. أحمد فتحى سرور .

المبحث الثانى : رأى د/ مصطفى أبو زيد والرد عليه .

المطلب الأول : استعراض الرأى .

المطلب الثانى : الرد على رأى د/ مصطفى أبو زيد

المبحث الثالث : رأى د/ كمال أبو المجد .

المبحث الرابع : رأينا فى الموضوع .

المبحث الأول

رأى د/ أحمد فتحي سرور - رئيس مجلس الشعب .. والرد عليه

المطلب الأول

استعراض الرأي

يقوم رأى سيادته المهاجم للمحكمة والداعى إلى النظر فى تغيير قانونها على ما يلى :

١ - إن التشريع إذا ما اعتاد الناس على تطبيقه فإن الحكم بعدم دستوريته بعد فترة طويلة يخلق نوعا من الإخلال بالأمن القانونى إذ إن علو معنى القانون قيمة فى ذاتها لا يجوز التضحية بها، ولا يجوز أن تتحول الرقابة على دستورية القوانين إلى وسيلة للهدم وهز الاستقرار .

٢ - إن مشكلة الرقابة الدستورية اللاحقة لا تراها فى بلد مثل فرنسا لأنها تأخذ بالرقابة السابقة حيث يعرض القانون المشكوك فى عدم دستوريته قبل إصداره على المجلس الدستورى لحسم الشك ، وإذا كان القانون فى جوهره سياسة والسلطة التشريعية مكونة من ٤٥٤ عضواً بينهم ٥٠ قانونياً فهذا يكفى .

٣ - إنه توجد فى بعض النظم رقابة تحقق نوعا من الاستقرار كما هو الحال فى يوغوسلافيا وبعض دول أوروبا الشرقية حيث تشير المحكمة على مجلس الشعب بسرعة تعديل القانون الدستورى فإن لم يفعل حكمت هى بإلغائه .

٤ - إنه يرى أخذ رأى المحكمة الدستورية العليا قبل إصدار القانون بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو مجلس الشعب فإن وافقت لا يجوز لها التصديق لدستوريته بعد إصداره ، وفى هذا توسيع لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا دون حاجة إلى تعديل الدستور لأن الدستور كفل الحق للمحكمة الدستورية العليا فى الرقابة على دستورية القوانين، فضلاً عما يعطيه لها القانون من اختصاصات أخرى أما الذى يحتاج إلى تعديل دستورى فهو الأخذ بالرقابة السابقة كبديل عن الرقابة اللاحقة وليس بالإضافة إليها .

٥ - يعترض الدكتور أحمد فتحي سرور على نظر المحكمة الدستورية للقوانين السابقة على دستور ١٩٧١ إذ قد يخالف ذلك نص المادة ١٩١ من الدستور، ويشير ضمناً إلى إمكان حدوث أزمة مثل تلك التى حدثت مع المحكمة العليا الأمريكية إبان عهد الرئيس روزفلت حال الإسراف فى الأحكام الدستورية^(٣٦).

المطلب الثانى

الرد على رأى د / أحمد فتحي سرور

بالنسبة للحجة الأولى فإنه ينبغى المقارنة بين مصلحتين إحداهما هى استقرار النص القانونى والأخرى هى علو الدستور وبالطبع فإن الأخيرة هى الأولى بالعناية ، ومن الخطأ التقرير بأن أحكام

المحكمة الدستورية تهدد استقرار النظام إذ الحق أنها تقوم اعوجاج القوانين القائمة وفي هذا حماية للشرعية وتحقيق للاستقرار لا مندوحة فيه ، إذا إن تنقية النصوص القانونية من شوائبها إعلاء لحكم الدستور وتعاون مع السلطتين الأخرتين في ذلك الإعلاء.

هذا إضافة إلى أن فكرة الأمن القانوني ذاتها فكرة هلامية لأن لكل إنسان أن يقدر الأمن في الجانب الذي يراه أنه يحقق مصلحته، ومن ثم فإن تلك الفكرة ليس لها معيار محدد أو ضابط واضح يمكن الركن إليه .

أما التزام المشرع العادي بما قرره الدستور فأمراً شديداً التحديد ظاهر الوضوح يؤكد ويعضده وتحرسه المحكمة الدستورية العليا بقضائيات المتبطلين في محارب العدالة المتعبدین بإقامتها بين الناس بلا تمييز، ابتغاء حماية المجتمع من أن تتحكم فيه الأهواء أو تعصف به الفتن المترتبة على مخالفة موجبات التدرج التشريعي وإعلاء القانون على حساب الدستور .

- وبالنسبة للحجة الثانية الداعية لفكرة الرقابة السابقة فقد سبق لنا تناولها بتفصيل مسهب في موضع آخر نحيل إليه منعا من التكرار ونذكر القارئ هنا بأن الرقابة السابقة من عيوب النظام الدستوري⁽³⁷⁾ الفرنسي وتهاجم في بلدها وأنه سيأتي اليوم الذي تنتهي فيه هذه الرقابة ، هذا إضافة إلى أن قسم التشريع بمجلس الدولة يقوم بنوع من الرقابة السابقة وكل ما في الأمر أن على الحكومة أن تراعى عرض كل مشروعات قوانينها عليه وألا تخل بهذا الالتزام.

- أما الحجة الثالثة التي تستند إلى أنظمة موجودة في بعض دول أوروبا الشرقية كيوغوسلافيا، فلا نظن أن الحال الذي آلت إليه يوغوسلافيا بصفة خاصة ودول أوروبا الشرقية بصفة عامة يشجع على الاقتباس منه، ولا يمكن بعد أن وصلت محكمتنا الدستورية إلى قيمة عالمية بين المحاكم الدستورية أن نضحى بها.

- أما الحجة الرابعة التي تدعو للجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة في يد المحكمة الدستورية العليا، فإن تلك الرقابة السابقة ستؤدي في الواقع العملي إلى تآكل الرقابة اللاحقة وهي تحتاج إلى تعديل دستوري لإقرارها ولا يمكن الاكتفاء بتعديل القانون فحسب، إذ ستحصن الرقابة السابقة نصوصاً قانونية من رقابة المحكمة الدستورية اللاحقة عليها وهو الأمر غير الدستوري في ذاته.

والرقابة السابقة من حيث الموضوع هي رقابة في الفراغ لا تضاهي ولا تقارن بالرقابة اللاحقة التي تبنتها معظم الدول باعتبار أنها الأكثر فعالية والأشد أثراً، ذلك أن الرقابة اللاحقة إنما تباشرها المحكمة بعد أن يوضع القانون موضع التطبيق وبعد أن يختبر من وجهة نظر اجتماعية وبعد أن تكون أبعاده في مجال التطبيق جلية واضحة والأضرار المترتبة عنه ظاهرة وقاطعة ، إذ دخول القانون مرحلة التطبيق هو المبين والمظهر لنطاق عواره الدستوري.

ويعني آخر فإن الجمع بين الرقابة المسبقة - بناء على طلب رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب أو رئيس الوزراء ، والرقابة اللاحقة بما تؤدي إليه بطبيعة الحال من منع المحكمة من نظر دستورية ما رأت جهة الرقابة المسبقة أنه دستوري، سيثبت أقدام التشريعات التي تريد الحكومة إيقاؤها سارية أيا ما كان الرأي القضائي في عدم دستورتها .

ولن يجد النص المطعون فيه أمام جهة الرقابة المسبقة من يفنده ويبين عواره ويدل على مواطن

ضعفه ، كما يفعل الخصوم أمام المحكمة حاليا ، وهكذا تقضى هذه الرقابة السابقة على حقوق المواطنين فى الذود عن مصالحهم التى اغتالها القانون والذى يظهر من التطبيق العملى له عدم دستوريته خلافا لوجهة نظر جهة الرقابة السابقة .

وعن الحجة الخامسة بالاعتراض على رقابة دستورية القوانين السابقة على الدستور، فذلك أمر لا محل له ويتناهى مع المنطق إذ لو كان الدستور السابق على الدستور القائم يتبنى نظاماً اشتراكياً ثم صدر دستور يتبنى نظاماً رأسمالياً فلا يتصور أن تعمل الدولة فى نطاق مفهوميين قانونيين مختلفين ، وعلى المحكمة الدستورية العليا حينئذ واجب توحيد هذه المفاهيم وإنزال حكم الدستور القائم على القوانين السابقة كى لا يحكم نشاط الدولة قوانين تتناقض مع بعضها ويكون أحدهما قائماً على حرية السوق وآليات العرض والطلب وثانيهما قائماً على التدخل فى الاقتصاد وتوجيهه من قبل الدولة بل والهيمنة عليه إلى حد يقلص دور القطاع الخاص أو ينهيه وبهذا المفهوم تتناغم النصوص القانونية ولا تتنافر، تتوافق ولا تتعارض، تتألف ولا تتماحى (38).

هذا وقواعد العدالة ومنطق الأمور يقتضى أن ما سلف ينطبق على القانون من الناحية الموضوعية أما الشكل فيحكمه الدستور القديم وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا.

وربما نقترح هنا أن ذات القواعد المذكورة تؤدي إلى جعل الرجعية هنا ليست مطلقة لتشمل الوقائع والعلاقات التى أقرها القانون المقضى بعدم دستوريته منذ صدوره وإنما يجب حينئذ جعل الرجعية نسبية بحيث تقف عند تاريخ صدور الدستور الجديد ولا تتطرق لأبعد من ذلك .

والأزمة الأمريكية المألوف بها توشك أن تكون « قميص عثمان » الذى يتعلق به كل من يسعى إلى حرمان المصريين من الصرح القانونى العظيم المتمثل فى المحكمة الدستورية العليا.

والحق أن هذه الأزمة (39) كانت لها ظروفها فى أمريكا حيث لم تمكن المحكمة الرئيس روزفلت من إنفاذ قوانين أراد بها الإصلاح الاقتصادى ، والمهم أن هذه الأزمة خرجت منها المحكمة أكثر قوة ولم يستطع روزفلت رغم كل شعبيته تعديل قانون المحكمة .

وإذا اعتبرنا أن ما حدث فى الفترة الأخيرة أزمة مشابهة وإن كانت أقل أثراً حيث لم يتدخل رئيس الدولة فى الأمر ، فمن ثم فإننا نعتقد أن المحكمة قد خرجت منها أكثر قوة كما حدث فى أمريكا .

المبحث الثانى

رأى الدكتور / مصطفى أبوزيد والرد عليه

المطلب الأول

استعراض الرأى

وجه سيادته سؤالا لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق جامعة الأسكندرية فى مادة القانون الدستورى صيغته كالتالى « اكتب فى الرقابة الدستورية مبينا كيف أهدرت المحكمة الدستورية العليا

فى مصر أحكام الدستور والقانون ؟، وما هو المخرج فى مثل هذا الوضع إذا تكرر ؟.

وهل يجب أن تكون الرقابة الدستورية رقابة قانونية أم رقابة مزاجية ؟.

وهل تصبح مهمة المحكمة الدستورية العليا كفالة تطبيق الدستور المصرى أم كفالة رقابة الدستور الأمريكى؟

وتقوم أفكار الدكتور على الأسس الآتية:

١ - إن المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها وكيانها ليست متروكة لمشئة أفرادها إذ يحكمها الدستور والقانون، فاما الدستور فتوجد المادة ١٧٨ منه التى تقرر أنه ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار ، وهكذا فإن الأثر الرجعى للحكم أو الأثر المباشر ليس متروكا لمشئة المحكمة ولا لاجتهاد أفرادها، ولا لرأيها الشخصى، وإنما جعله الدستور للقانون وحده ، والقانون هو الذى يقول متى يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى ومتى يكون له أثر مباشر ، وإرادة المحكمة فى ذلك واجتهاد أفرادها عديم الأثر تماما ، ولقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا ذاته رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى صورته الأخيرة التى صدر بها من مجلس الشعب ومعه مذكرته الإيضاحية التى وضعتها اللجنة التشريعية ففرق بين القوانين الجنائية والقوانين غير الجنائية وجعل عدم دستورية النص الجنائى يسرى بأثر رجعى ، وعدم دستورية سائر النصوص الأخرى تسرى بأثر مباشر ، وهذا ما يجب أن نلتزم به المحكمة شاعت أم أبت أرادت أو لم ترد ، فإن هى قطعت غيرذلك فإنها بكل بساطة تهدر الدستور والقانون على السواء ومن هنا فلا مفر من القول بأنها عندما جعلت لحكمها بعدم دستورية قانون الانتخاب وهو حكم غير جنائى - أثرا رجعىا - فإنها بذلك تكون قد أهدرت نص الدستور، وقانون إنشائها وأن الصحيح هو أن يكون لهذا الحكم أثر مباشر فقط فيبقى مجلس الشعب قائما ولا يعصف بكيانه ويكون للحكم بعدم الدستورية أثره فيما سيجرى بعده من انتخابات، هذا إضافة إلى أن تضمن أسباب أحكام المحكمة لعشرات الأسطر باللغة الإنجليزية ينطوى على مخالفة نص دستورى واضح هو نص المادة الثانية التى تقرر أن « الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»، ولم يحدث رؤية هذا الوضع الشاذ والغريب مثلا من إحدى محاكم أيا من القضاة الإدارى والإدارى.

ودعا سيادته - أخيراً - إلى حوار واسع وعلنى بجريدة الأهرام حول الرقابة الدستورية يشارك فيه رجال القانون جميعا لأن الرقابة الدستورية بطبيعتها - على خلاف سائر فروع القانون تحتاج فى مزاولتها إلى مزيد من الضوابط الدقيقة .

وأكد أن العلنية لا غضاضة فيها إذ إن قضاء المحكمة العليا فى أمريكا تجرى مناقشته من الجميع سواء كانوا رجال سياسة أم رجال فقه بهدف جريان الرقابة على النحو السليم.

وناشد سيادته المحكمة العدول عن مبدئها تسييا بالمبدأ العُمري فى القضاء الذى وضعه عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذ قال لقاضيه أبى موسى الأشعرى : « لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم، ومراجعت الحق خير من التمانى فى الباطل »(40).

المطلب الثاني

الرد على د / مصطفى أبو زيد

يمكن الرد على فكرة الأثر المباشر التي يدعيها سيادته بما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أنه يترتب على الحكم القاضي بعدم الدستورية عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم ، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما بآنة .

وقد تكفلت المحكمة الدستورية العليا بالرد في حكمها المنتقد من الدكتور مصطفى أبو زيد بالرد على فكرة الأثر المباشر فقضت بأن « ... الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مراكز أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلزمه عند صدوره الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور في حدوده المقررة شكلا وموضوعا فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه أم أنه قد صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفة وتتعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره ، وفصلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية عند الشك في عدم الدستورية وقف الدعوى أوتأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة ، إنما كان ينبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لزاما على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته أن يطبق ذات القانون - بعد القضاء بعدم دستوريته ولا يحقق لمبدئ الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق في التقاضي وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة (٦٨) منه للناس كافة بالنسبة للمسألة الدستورية غير محدد ومجردا من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تجريد المشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة إلى ذلك فإن النص في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فإنه يكون متينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبق من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته.

وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية أما في المسائل الأخرى غير الجنائية فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني ترتكن إليه وتحد من إطلاق الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة (٤٩) منه^(٤٨). والحق أن قضاء المحكمة فيما يتعلق بالأثر الرجعي له أسبابه القوية والمنطقية التي تجعل عجيبياً هذا النقد القاسي خاصة وقد جاء بعد ستة أعوام من صدور هذا القضاء .

- أما عن الاعتراض على تضمن أحكام المحكمة لعشرات الأسطر باللغة الإنجليزية فإن ذلك مرئود عليه بأن الذي يخالف الدستور هو كتابة الحكم باللغة الإنجليزية، أما كتابته كله بلغة عربية تبلغ قمة السمو والرقى ورفاهية الحس ووصانة الكلم ، مع اقتباس بعض الفقرات المؤيدة للمعنى من بعض المراجع الأجنبية سواء باللغة الإنجليزية أو الفرنسية فذلك أمر مقبول ، وهذا مرجعه إلى أن رقابة الدستورية بصفة خاصة تحتاج إلى فكر متطور وإلمام بالأوضاع المقارنة في النول الأخرى ، وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا تستنير في اتجاهاتها بما درجت عليه المحاكم الدستورية وعلى رأسها المحكمة العليا الأمريكية أقدم المحاكم الدستورية القائمة على وجه الإطلاق فلا بأس في ذلك ويجب أن يكون جهد المحكمة مشكوراً وليس منموماً، ولا ينال من ذلك الادعاء بأن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة وفق نص المادة الثانية من الدستور إذ توجد المخالفة الدستورية إذا ما كان المعنى لا يفهم إلا بالجزء الأجنبي وهو الأمر المتخلف بتمامه ، ومحكمتنا الدستورية تملك من نواصي الكلم ما لا تملكه محكمة أخرى ومن ثم فهي لا تلجأ للعبارة الأجنبية فقرأ وإعنتا. ويضاف لماسلف أمره أن ذكر الأصل الأجنبي للفكرة بالحكم يمثل تعضيداً لها وقطعاً لأسنة المتربصين بالمحكمة الذين يدعون أن المحكمة تأتي بمبادئ لا أساس لها في الضمير الإنساني والعالي .

أما عن دعوة الدكتور مصطفى أبوزيد - فتح باب جريدة الأهرام لحوار واسع بين رجال القانون جميعاً حول الأثر الرجعي والأثر المباشر لأحكام المحكمة، فنرى أنه ليس من المناسب أن يقدم بقارئ جريدة يومية في مناقشة فقهية حول هذا الأمر إذ يجب أن تكون تلك المناقشة في ميدانها الصحيح وهو الكتب والمجلات القانونية.

ورأى الدكتور/ مصطفى أبوزيد - أقدم أساتذة القانون الدستوري في جميع جامعات مصر على الإطلاق - يحتمل الصواب والخطأ، فلا يصح تدريسه على أنه حقيقة علمية قاطعة، ولا يصح امتحان طالب الحقوق فيه بحيث تقدر حصيلة الطالب العلمية بمقدار علمه بكيفية إهدار المحكمة لأحكام الدستور أو بقرته على التفرقة بين الرقابة القانونية وتلك المزاجية.

والحق أن المرء مهما اختلف مع المحكمة الدستورية العليا - لم يلحظ أنها أهدرت أو هدمت أو أنقصت أو أغفلت أحكام الدستور أو مارست دورها بصورة مزاجية، فهي لم تمارس عملها وتحقق أسمى إنجازاتها في تاريخنا القضائي إلا دعماً للدستور وحماية له، ومن ثم فهي في جوهر دورها تعلى وترعى وتحمي الدستور .

ومما يثير العجب حقاً أن فكرة الأثر الرجعي لم تنتقر لأول مرة بحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٧ لسنة ٩ ق محل النقد ولكن تقرر منذ سنة ١٩٨٢ بحكم المحكمة في القضية رقم ٤٨ لسنة ٢ ق، أي أن الأمر مستقر عليه، وقد صدرت طبعة سنة ١٩٩٤ من كتاب الدكتور مصطفى أبوزيد «النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين» مشتملة في مقدمتها على مديح

للمحكمة إذ ورد نصاً أنه «... وكانت الرقابة في بدايتها رفيقة حانية ثم أدركتها سنة التطور فأصبحت جسورة جادة وقد تتابعت هذه الثروة القضائية حتى ملأت الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وحدها أربعة مجلدات كاملة»⁽⁴²⁾.

المبحث الثالث

رأى د/ كمال أبو المجد

استطاع سيادته بحرفية شديدة وفي مقالاتين متتاليتين بجريدة الأهرام أن يبلور حقيقة دور المحكمة الدستورية العليا، وأن يوضح أنها على الإجمال لم تخرج عن دورها وأن مقترحات الإصلاح المدعاة لا محل لها .

فنوضح سيادته أن نشاط المحاكم الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين هو التعبير العملي الفعّال عن مبدأ « سمو الدستور » وارتفاعه فوق سائر القوانين، وبغير تلك الرقابة يظل الحديث عن سمو الدستور « وعلوه » حديثاً مرسلًا لا قيمة له .. وما أصدق ما قرره الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته المشهورة لقاضيه من أنه « لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له » وما قرره المحكمة العليا الأمريكية من أن الدستور هو القانون الأعلى البلاد وأنه يستعصى على التعديل بالوسائل التشريعية العادية، ولذلك تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور لا يمكن أن يكون قانونًا على الإطلاق وإلا كانت فكرة الدساتير المكتوبة عبثًا تضعيع به الشعوب أوقاتها محاولة تقيد سلطة تستعصى على التقيد.

ومهمة المحكمة الدستورية ليست ميكانيكية أو حسابية آلية تضع به الدستور في جانب والقانون في جانب كاشفة على نحو موضوعي خالص ما قد ينطوى عليه القانون من خروج على أحكام الدستور.

وقد ظهر في تاريخ المحاكم الدستورية على امتداده وتعدد صوره سياستان قضائيتان مختلفتان بشأن الرقابة تميل أولاهما إلى الحذر الشديد في ممارسة الرقابة والتردد الطويل قبل إعلان مخالفة القانون للدستور وتفسير الشك حول تلك المخالفة لصالح التشريع ، تجنباً لانتهاك المجال التشريعي المحجوز بنص الدستور للهيئات التشريعية المنتخبة ، وتسمى هذه المدرسة مدرسة التقيد الذاتي *self restraint*، أما المدرسة المقابلة فإنها تتبع سياسة أكثر إيجابية وجرأة في تعقب المخالفات التشريعية للدستور، إيماناً بأن تلك السياسة هي التي تحقق سمو الدستور، والضمانات الحقيقة لحقوق الأفراد والأقليات وحررياتهم التي يكفلها الدستور، وظهرت مدرسة ثالثة تنبني سياستين قضائيتين مختلفتين باختلاف ميدان الرقابة فهي تتبع السياسة الإيجابية *activism* في المجال السياسي وما يتصل به من الحقوق وفي مجال التعبير التي هي في نهاية المطاف أول وأقوى الضمانات لقيام ديمقراطية حقيقية مبناهما المشاركة والاختيار الحر ، بينما تتسع سياسة التقيد الذاتي في المجال الاقتصادي والاجتماعي إيماناً بأن الاختيار بين البدائل المتاحة في هذا المجال هو أخص خصائص الوظيفة التشريعية التي احتجزها الدستور للمجالس النيابية .

وفي تطبيق للوضع في مصر رأى سيادته أن السنوات الخمس الأخيرة شهدت نشاطاً غير

مسبقاً لمحكمة الدستورية في ممارسة الرقابة على القوانين، وأن سياستها القضائية قد صارت أقرب إلى مدرسة الجسارة والإقدام خصوصاً في ميدان حرية الاعتقاد والتعبير وضمانات المتهمين في المحاكمات ومبدأ المساواة بين المواطنين، وأنها أسدت بذلك خدمة تاريخية لحقوق المصريين وحيرياتهم تستحق أن تكون موضع اعتراف كل مصري ، فضلاً عن أنها صارت بهذه السياسة القضائية معلماً مشرفاً من معالم حياتنا السياسية تشهد بأن الدستور جد لا هزل وأن سيادة القانون حقيقة نافذة وليست شعاراً نبيلاً يكتبه واقع غير نبيل.

ويؤيد سيادته - ونحن معه - السياسة القضائية الإيجابية في ميادين الحقوق الشخصية والحريات المدنية والسياسية، بينما يفضل - ونحن معه أيضاً- أن تتجه المحكمة إلى مزيد من التقيد الذاتي ، وإلى إعمال الضوابط التي قررتها هي في العديد من أحكامها لسلطتها في الرقابة على التشريع، وذلك حين يتصل الأمر بترتيب العلاقات الاجتماعية والاقتصادية .. حتى تظل تبعة التوفيق بين المصالح المتعارضة في تلك الميادين واقعة على عاتق الهيئة المسئولة دستورياً عن تحقيق ذلك التوفيق وهي الهيئة التشريعية المنتخبة والمثلة لاتجاهات الجماهير.

وأحكام المحكمة من النوع الأخير هي الأقل عدداً ورغم ذلك تثير الاهتمام والهجوم مثل تلك المتعلقة بالعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين⁽⁴⁴⁾ ، ومدى توارث عقد الإيجار بعد وفاة المستأجر الأصلي، وحق المطلقة الحاضنة في البقاء هي ومحضونها في مسكن الزوجية حين يكون لها مسكن آخر.

ويدافع سيادته عن اضطراب المحكمة التوغل في هذا المجال بأن ذلك مرجعه لتقاعس المشرع عن تنظيمه ، ولو قام المشرع بدوره ما حدث التدخل من قبل المحكمة .

ويعد ذلك انتقال سيادته إلى مقترحات الإصلاح ، موضحاً أنه لا توجد أزمة حقيقية تبررها، حيث قسمها إلى :

أولاً : اقتراحات لا تحتاج إلى مناقشة وهي :

أ - أن تكون مداوات القضاة علنية، وهو مرفوض لمخالفته لجوهر التقاليد والمبادئ القضائية المستقرة وتهديده لحياة القضاة واستقلالهم.

ب - الدعوة إلى جعل القضاء الدستوري على درجتين، وهو مرفوض لإطالته غير المقبولة لأمد التقاضي وإثارة شك الناس حول حكم محكمة أول درجة الدستورية .

ج - الإشارة إلى ضرورة توقيع عقوبات جنائية على القضاة الذين يتدخلون في عمل السلطة التشريعية، وهذا أمر مرفوض لأن قضاة المحكمة الدستورية يؤدون دورهم المنصوص عليه بالدستور، ولأن تاريخ تلك العقوبات بفرنسا كان له ما يسوغه إذ توسعت الهيئات القضائية التي كانت قائمة في فرنسا قبل الثورة الفرنسية في الأمر وبصفة خاصة المحكمة المسماة بـ"لجان باريس"، وهو الأمر الذي لا أثر له في مصر .

ثانياً : اقتراحات تحتاج إلى مراجعة واستدراك وأهمها ما يلي :

أ - الاقتراح باشتراط إجماع القضاة أو أغلبية موصوفة منهم لإصدار الحكم.

وجد اقتراح باشتراط إجماع قضاة المحكمة الدستورية للقضاء بعدم دستورية القانون، وذلك

تطبيقاً للقاعدة المستقرة بأن المحكمة الدستورية لا تقضى بعدم الدستورية ما لم تكن المخالفة الدستورية صارخة واضحة أو فوق مستوى الشك المعقول. وكان أنصار هذا الاقتراح في الولايات المتحدة يرون أن وجود أربعة قضاة يعترضون على الحكم يؤكد أن المخالفة الدستورية لا ترقى إلى أن تكون فوق مستوى الشك المعقول، وهذا ما دفع إلى تقديم اقتراحات بتعديل قانون المحكمة العليا الأمريكية أهمها اقتراح سنة ١٩٢٣ يجعل الأغلبية اللازمة لإصدار الحكم هي أغلبية سبعة قضاة .

وهذا الاقتراح سواء باشتراط الإجماع أو أغلبية موصوفة غير منطقي إذ يؤدي إلى تغلب رأي قاض واحد على رأي زملائه جميعاً في حالة اشتراط الإجماع، وتغلب رأي أقلية القضاة على أغليبتهم في حالة اشتراط الأغلبية الموصوفة.

ب - اقتراح إعادة إصدار القانون بأغلبية موصوفة في المجلس التشريعي .

اقترح البعض إعادة إصدار القانون المقضى بعدم دستوريته بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب، وهذا الاقتراح مرفوض لأن مقتضاه أن مجلس الشعب يملك بتكرار المخالفات الدستورية مرتين أن يضيف عليها ثوب المشروعية والدستورية وأن يمنع المحكمة من محاولة التعقيب على ذلك - كما أن هذا الاقتراح يجعل مجلس الشعب سلطة عليا فوق الدستور لا يملك أحد مراجعتها أو التعقيب عليها⁽⁴⁵⁾.

وإذا ذكرنا طبيعة النظام السياسي بمصر والتمتع الدائم لحزب الأغلبية بأغلبية عظمى في تكوين المجالس المتعاقبة لأمرنا سهولة عودة المجلس إلى إصدار أي قانون تقضى المحكمة بعدم دستوريته، وبذلك يفلق الباب عملياً في وجه مبدأ سيادة الدستور وعلوه ، كما سيهدر هذا الاقتراح ويشكل قاطع نصوص الدستور المتعلقة بكيفية تعديله.

وأخيراً ينهي سياسته مقالتيه بالتأكيد على أن محكمتنا - حقاً - لا تزال تسلك منهجاً وسطاً وسبيلاً قواماً بين الإفراط والتفريط ، وأنها حين تقرر عدم دستورية بعض القوانين فإنها لا تمارس نشاطاً تشريعياً تتجاوز به حدودها، وتتحمم به الاختصاص المحجوز للمجلس التشريعي ، ذلك أن المحكمة يقتصر عملها على تبيان العوار الدستوري ، دون أن تبين للمشروع بعد ذلك كيف يمارس سلطة التقدير الواسعة ، والتي يظل محتفظاً بها وهو يصدر قانوناً جديداً يرفع به العوار الدستوري الذي شاب النص القديم.

المبحث الرابع

رأينا في الموضوع

تعرضنا فيما سلف لرأي كل من د/ أحمد فتحى سرور ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى وقمنا بالرّد عليها ، كما تعرضنا للرأي المؤيد لموقف المحكمة والمدافع عنها للدكتور كمال أبو المجد وللأقتراحات بالتعديل التي قدمها ورفضها. ونرى أن المشكلة الأساسية التي تهاجم المحكمة منها هي مشكلة الأثر الرجعي لحكمها، لذا من المتصور إحداث أحد التعديلات الآتيتين لتجنب الأثر الرجعي .

١ - اعتبار أحكام المحكمة الدستورية العليا نافذة فيما يقع بعد صدورها من وقائع دون أن تؤثر في الوقائع التي رفعت الدعوى الدستورية بسببها ، ونرى أن في ذلك تجريداً للحكم في النزاع الذي

صدر فيه من كل قيمة ويتنافى مع الاعتبارات التي ذكرتها المحكمة بحكمها القيم الصادر في الدعوى رقم ٢١ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩/٥ / ١٩٩٠ المشار إليها (46).

٢ - تحديد مدة زمنية طويلة نسبياً يبدأ بعدها سريان آثار الحكم بعدم الدستورية تحقيقاً للأمن القانوني ، وهذا يخالف طبيعة حكم المحكمة الدستورية العليا باعتباره حكماً باتاً .

ونقر بداية أن فكرة الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا تمثل مشكلة كبيرة وتهديداً مستمراً على المحكمة الدستورية العليا وسبباً للهجوم عليها ، ولكن ما باليد حيلة ، إذ لا يمكن التنازل عن هذا الأثر وإلا أفرغ الحكم الدستوري من مضمونه على النحو المذكور سلفاً .

ونرى أن الأثر الرجعي للحكم لا يحده إلا الحكم الحائز قوة الأمر المقضي فقط إذ لن يثبت التقادم إلا بحكم قضائي (47) .

لذا نرى أن المذكرة الإيضاحية قد أخطأت عندما أشارت إلى التقادم كسبب منفصل عن الحكم الحائز قوة الأمر المقضي .

• ويبدو الضيق الحكومي من الأثر الرجعي جلياً وواضحاً في الحالتين الآتيتين :

١ - عدم دستورية النص التشريعي الذي أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء عليه ، إذ مؤدى ذلك ولازمه بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، وسيرا وراء ذات المخطط فإنه يترتب على ذلك عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين مما يهدد البلاد بانتهاء دستوري كامل، إلا أن المحكمة بما عهدناه فيها من حصافة رأت أن البطلان لا يؤدي البتة إلى وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات منذ تكوينه وحتى تاريخ نشر الحكم .

ولم تذكر المحكمة الأساس القانوني لما قرره وربما تفسير ذلك أنه من الصعب إيجاد أساس له عدا نظرية الضرورة الملجئة لاستمرار الدولة وحسن ما انتهجت المحكمة إذ فيه درجة كبيرة من التقيد الذاتي، ومنع من الانهيار الدستوري وفتح المجال الاجتهاد في أساس هذا القضاء .

٢ - عدم دستورية قانون ضريبي .

سبق وأن استعرضنا قضاء المحكمة الضريبي تفصيلاً ويترتب على الحكم بعدم دستورية قانون ضريبي ضرورة رد هذه الضريبة .

ولما كانت الضريبة تتوّل مصدراً مالياً هاماً لدخل الدولة يتضافر مع غيره (48) من الموارد لتستخمه الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية سواء في مجال الدفاع والأمن وغيرها من الشؤون التقليدية أو لمواجهة ما جد من اختصاصاتها كذلك التي تتعلق بالصحة والتعليم أو لإشباع أعبائها الاجتماعية أو متطلباتها الاستثمارية وغير ذلك من احتياجاتها، لذا فإن رد الضريبة بصفة عامة أو الرسم غير المستحقين لا بد وأن يكون متقيداً عن رد غيرهما مما يدفع بغير وجه حق منعا من اضطراب ميزانية الدولة وفساد خططها .

واستناداً للأسباب المذكورة فقد جعل المشرع مدة التقادم في استرداد الضرائب والرسوم غير المستحقة هي ذاتها مدة التقادم المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام [م ١٨٧ مدني] ، إلا أن التقادم بالنسبة للنوع الأول يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان الممول يعلم بحقه في الاسترداد أو لا يعلم، فإذا كان لا يعلم فليس هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة

تسرى من وقت الدفع إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير وهي ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع، وهذا بخلاف التقادم في استرداد غير المستحق في غير الضرائب والرسوم إذ تقادم الثلاث سنوات يسرى حينئذ من وقت علم الدائن بحقه في الاسترداد⁽⁴⁹⁾ ويسقط هذا الحق على أي حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع، ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٧٧) مدني مخصصة للأحكام العامة الواردة في المادة (١٨٧) مدني.

هذا وقد حدد القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٢ معدلا المادة (١٧٥) من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ جاعلا مدة سقوط الضريبة فحسب خمس سنوات.

ويرى رأى أن ما سلف لا ينطبق على حالة القضاء بعدم دستورية فرض الضريبة ذلك أن إعمال أثر التقادم لا يتأتى إلا حيث يكون الحق قد نشأ وتكامل في نمة المدين وحينما تكون المطالبة أمراً ميسوراً من جهة القانون ، فإذا قام مانع يستحيل مع وجوده المطالبة قانوناً بهذا الحق من جانب صاحب الشأن فلن ميّجاد السقوط لا يفتح إلا من التاريخ الذي يزول فيه هذا المانع والذي تصبح فيه المطالبة أمراً جائزاً وميسوراً قانوناً⁽⁵⁰⁾.

ويقوم هذا الرأي على ركيزة من نص المادة ٢٨٢ مدني والتي تنص على أنه « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ، إذ يعتبر هذا الرأي أن قوانين البولة ولوائحها المعمول بها يفترض في أحكامها الصحة والمشروعية حتى وإن كانت هذه القوانين غير دستورية، ومن ثم فإنه خلال الفترة ما بين العمل بالقانون غير الدستوري والقضاء بعدم الدستورية، ما كان يمكن لنوى الشأن الامتناع عن تنفيذه والخضوع لأحكامه ، الأمر الذي يمثل مانعاً مادياً يحول بين المطالبة بآية حقوق خلال تلك الفترة مما يترتب عليه ضرورة وقف أحكام التقادم ، ويؤزل هذا المانع بنشر الحكم القاضي بعدم دستورية القانون بالجريدة الرسمية ، ومن ثم يسرى التقادم منذ ذلك التاريخ. ويرى هذا الرأي أن المبدأ المذكور ينطبق بصفة عامة على جميع القوانين المقضى بعدم دستورتها وليس القوانين الضريبية فحسب ، ومن ثم ينكر هذا الرأي فكرة سريان التقادم قبل نشر الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة⁽⁵¹⁾.

ويذهب رأى آخر إلى أنه لا كان التقادم ليس من النظام العام ويسقط إذا لم يطلب صاحب الشأن الحكم به ولا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فهو ذو طبيعة هزيلة ولا يجوز أن يمنع الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا، إذ الحكم يكتسب حجية مطلقة في مواجهة سلطات الدولة والكافة ، والمنطقي أن يضرب بالتقادم عرض الحائط وأن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي مطلق ، خاصة وأن التقادم نظام سيء السمعة، ويتصادم مع شرائع السماء التي لا يسقط فيها حق لصاحبه أبداً بالتقادم حتى يقتضيه الله تعالى يوم القيامة .

ويرى هذا الرأي - أيضاً - أن الرجعية لا يجب أن يحدها الحكم الحائز قوة الأمر المقضى إذ يصبح هذا الحكم بعد قضاء المحكمة الدستورية غير شرعي وكسب بالمخالفة للدستور، والأولى إرجاع الحق لصاحبه بعد القضاء بعدم الدستورية ، ولا يقدح مما سلف الحرص على استقرار المراكز القانونية إذ الاهتزاز الحقيقي للأمة يحدث بتعطيل أحكام عدم الدستورية⁽⁵²⁾.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع الرأيين السالفين، وذلك لأن العمل بأحكام التقادم يؤدي للاستقرار

النسبي للأوضاع ويمنع أى اتجاه للحد من دور المحكمة، كما أنه حقا لم يكن يوجد مانع مادي أو أدبي يعوق صاحب الشأن عن ولوج الطريق القانوني المطالبة بحقه والدفع فى النزاع الموضوعى بعدم دستورية القانون أو اللائحة .

ورب قائل أن صاحب الشأن قد يلجأ إلى الطريق السالف ويفشل لأن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لم تستجب لدفعه رغم استجابة غيرها لغيره الأمر الذى لا ذنب له فيه .

وهنا يمكن الرد على ذلك بأن تلك الحالة ستكون نادرة جدا ومندرجة ضمن الحالات المستقرة بالحكم ، ومن ناحية أخرى يكون لصاحب الشأن حق حينئذ فى مجال التعويض .

وهكذا تعد فكرة التقادم فى مجال رجعية الأثر المترتب على الحكم الدستوري فى كافة المجالات بصفة عامة ضابطا متميزا ومفيدا للحد من الأثر الرجعى المطلق للحكم (53).

ويتطبيق المبدأ السالف على الضرائب والرسوم خاصة يبين أن القضاء بعدم دستورية أيهما لا ينال من سريان التقادم الثلاثي على الضرائب أو الرسوم المدفوعة استناداً للقانون المقضى بعدم دستوريته ، من يوم دفع تلك الضريبة (54) أو الرسم وليس من اليوم التالي لنشر الحكم.

وهكذا نرى أن الأمر لا يشكل كارثة كبيرة على الحكومة فى حقيقته وجوهره أو بمعنى آخر أن التحويل فى مجال أثر الحكم الدستوري فى مجال الضرائب أو الرسوم غير صحيح .

ولما كانت المادة (2٧٨) من القانون المدنى تنص على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين.....» (55).

والواضح من النص السالف أن التقادم - بحسب الأصل - لا يعد من النظام العام وأنه يتعين للقضاء به أن يتمسك به المدين، ومرد ذلك إلى أن التقادم المسقط إنما يقوم على مظنة الوفاء وضمان استقرار الأوضاع ، وبالتالي فإن الدفع به أمر يتصل مباشرة بمصلحة الدين الخاصة كما يتصل بضميره ولذلك جعله القانون خيارا بيده بحيث يكون له ألا يتمسك بالتقادم إذا كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين وتخرج من الدفع بسقوطه.

ولما كانت أحكام القانون المدنى الخاصة بالتقادم لا تميز بين ديون الأفراد وديون الحكومة ، ومن ثم فإن هذه الأحكام تسرى جميعها فى العلاقة بين الحكومة والأفراد ، كما تسرى فى علاقة الأفراد بعضهم البعض سواء بسواء .

وترتيباً على ما تقدم يكون للحكومة أن تتمسك بالتقادم المسقط لما عليها من ديون إن رأت فى ذلك مصلحتها أو استقرار أوضاعها كما يكون لها ألا تتمسك به - وهذا ما نرجحه - مراعاة لانشغال ذمتها بالدين، وأنه لا يجدر بها أن تتمسك بتقادمه وهى الأمانة على حقوق الأفراد الذين ركنوا إلى الثقة فى وفائها وقصدت بهم ظروفهم عن ملاحقة المطالبة بحقوقهم (56).

وهكذا نخلص مما سلف إلى أن الدفع بالتقادم وسيلة كفلها القانون للحكومة لتتخلص من رد الضرائب (57) ، (58) والرسوم المقضى بعدم دستورية تحصيلها حتى لا تضطرب خططها ، إلا أن الأولى والأجدر أن تتنازل الحكومة عن هذا الحق لبناء جسور الثقة مع المواطنين، والأمر كله مرده إلى حكمته وتقديرها .

فإذا استبانَت الحقيقة على النحو المذكور وإذا كانت المحكمة من ناحية منعت الانهيار الدستوري ،

وكانت أحكام التقادم مانعة هي الأخرى لفساد الخطط المالية للدولة ، فإن الهجوم على المحكمة بحجة عدم استقرار الأوضاع يكون قد ورد على غير محل إذ وهدت دعائمه اللتان قد لا تنكرا صراحة.

وهكذا تعد فكرة التقادم في مجال رجعية الأثر المترتب على الحكم الدستوري في كافة المجالات بصفة عامة ضابطا متميزا ومفيدا للحد من آثار الرجعية ومن الأمور التي تساهم كثيراً في صد الهجوم على المحكمة.

وتتحقق فكرة التقادم وفقاً للحدود والضوابط التي أوضحناها سلفاً المصالح الآتية مجتمعة .

أولاً : مصلحة المحكمة في نفي اتهامها بأن أحكامها بعدم الدستورية تؤدي لعدم استقرار الأوضاع ، إضافة إلى إعطائها حرية أكبر في القضاء بعدم الدستورية طالما أن حكمها لن يؤدي في حقيقته لعدم استقرار الأوضاع بصورة فاحشة .

ثانياً : تحقيق مصلحة رافع الدعوى الدستورية بحسبان أن التقادم بالنسبة إليه قد انتفى برفعه دعواه الموضوعية.

ثالثاً : تحقيق مصلحة غير رافع الدعوى الذي لم تنقض مدة التقادم بالنسبة إليه أو حتى الذي انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه إلا أنه رأى عدم التمسك به سواء كان المتمسك به هو الحكومة أو الأفراد حسب الأحوال الواقعية.

رابعاً : تحقيق مصلحة الحكومة في التمسك بالتقادم من عدمه حسب ظروفها حال كونها هي الملزمة بالرد كما في المسائل الضريبية .

خامساً : تحسين شكل المحكمة قبالة الرأي العام إذ لو ظهرت المحكمة أمام الرأي العام بوصفها لا تعترف بالتقادم ، فإنها بذلك تكون قد خرجت على صريح نص المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا ذاته ومن ثم يسهل الهجوم عليها بوصفها حكومة قضاة ، وإذا كانت المحكمة هي التي تحمي الدستور فإن الرأي العام هو الذي يحمي المحكمة .

سادساً : لو افترض حقا بمخالفة فكرة التقادم للشريعة الإسلامية فإن ذلك لا ينال من تطبيقها وفقاً للمعيار الذي ألزمت به المحكمة الدستورية نفسها والذي يقضي بأن الرجوع لأحكام الشريعة يكون بالنسبة للتشريعات اللاحقة للتعديل الدستوري للمادة الثانية من الدستور سنة ١٩٨٠ ، حيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا صدر سنة ١٩٧٩ .

هذا ومن الجلي أن الرجعية في أمريكا موجودة أيضاً وهي نسبية⁽⁵⁹⁾ وليست مطلقة .

الفصل الثالث

مستقبل الرقابة القضائية الدستورية

تقسيم :

رغم كل محاولات الهجوم على رقابة الدستورية والقضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، ورغم محاولات الحد من دور كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية ، إلا أن واقع الحال ينشئ ويؤكد أن غد الرقابة أكثر إشراقاً وتوهجاً .

ويتوقف مستقبل الرقابة المشرق على دعامتين ، أولهما : فهم الطبيعة الحقيقية للرقابة ، وثانيهما اعتماد مبدأ الحوار الدستوري .

وسوف نتناول أيضاً في هذا الفصل مستقبل الرقابة بمعنى النصوص القانونية التي من المتوقع مستقبلاً أن تتألفها سهام الدستورية، إذا ما حدث وسعحت الفرصة بعرضها على المحكمة الدستورية العليا .

وإذ ذلك سوف تكون دراستنا في هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول : مستقبل الرقابة الدستورية المشرق .

المطلب الأول : طبيعة الرقابة الدستورية .

المطلب الثاني : مبدأ الحوار الدستوري .

المبحث الثاني : نصوص يتوقع القضاء بعدم دستوريته .

المبحث الأول

مستقبل الرقابة الدستورية المشرق

المطلب الأول

طبيعة الرقابة الدستورية

إن مستقبل الرقابة الدستورية وإمكانات تطورها يعتمد أساساً على كنهها وطبيعتها فكما كانت تلك الرقابة ذات طبيعة قانونية صرفة كلما كانت الرقابة بطيئة التطور وكلما مالت تجاه الطبيعة السياسية كلما كان غدها أكثر إشراقاً وتطوراً مع تطور العوامل والظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

ويوجد اتجاهان في هذا الشأن نعرضهما على النحو التالي :

الاتجاه الأول :

يؤمن بالبعد القانوني للرقابة بمعنى أن مهمة القاضي هي الفصل في المنازعات ذات الطابع القانوني فعند تعارض التشريع مع الدستور فإن الواجب الطبيعي للقاضي هو أن يطبق الدستور بوصفه القانون الأعلى حال تعارضه مع النص التشريعي وهو القانون الأدنى، وسبق للمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية الولايات المتحدة ضد بتلر أن قضت بمثل ذلك المفهوم .

ورقابة الشكل هي أول ما يقوم به القاضي الدستوري إذ يتأكد من مطابقة القانون للأوضاع الشكلية المنصوص عليها بالدستور ، ويمكن أن يقوم القضاء العادي بهذه الرقابة حتى ولم يوجد نظام الرقابة القضائية الدستورية كما هو الحادث في فرنسا .

ورقابة الشكل لا توجد بها شبهة سياسية بل هي ولا غرو رقابة قانونية خالصة. فإذا ما تأكد القاضي من سلامة القانون من حيث الشكل ينتقل إلى مرحلة تالية وهي مدى اتفاهه أو مخالفته للدستور، وأنصار الرقابة القانونية يرون أن دور القاضي هو المقابلة الحرفية بين نصوص القانون ونصوص الدستور للبحث عن التعارض بينهما فإذا تجاوز وراء ذلك خرج بالرقابة من البعد القانوني إلى البعد السياسي، وهذا ما لا يجوز.

الاتجاه الثاني :

يؤمن بالبعد السياسي للرقابة ، وقد أوضح هذا البعد السياسي للرقابة الفقيه الفرنسي بيريو، إذ يرى أن الأسس النظرية والمنطقية التي تقوم عليها الرقابة جديرة بالاحترام، وأن الدستور ما دام هو القانون الأعلى في البلاد فلا مناص من احترامه بما يستتبعه ذلك من بطلان القانون المخالف له .

ومن ثم يتعين وجود جهة أخرى غير الجهة التي وضعت القانون تختص برقابة الدستورية، ورغم استناد الفكرة إلى تلك الأسس المنطقية إلا أنه يستحيل تطبيقها عملياً بالوسائل المناسبة ومن ثم قد يكون من الأنسب البحث عن وسيلة أخرى لمنع تسف السلطة التشريعية .

ومقارنة القانون بالدستور تتجاوز وجهة النظر القانونية الدقيقة، ولو كان تدخل القاضى مقصورا على المقارنة بين نصين فإن تدخله ان يحدى شيئا لأن المشرع من المهارة بحيث لا يخالف صراحة الدستور، ولابد لقيام القاضى بمهمته أن يحدد نوايا واضعى الدستور ونوايا المشرع ويتوقع آثار القانون وأصدائه، الأمر الذى يلزم بأن يضع القاضى نفسه مكان واضعى الدستور مما يعد اقتحاما للساحة السياسية وخروجاً عن حدود الوظيفة القضائية.

ولما كان الدستور يعتمد على توجيهات غير حاسمة فمن ثم لا توجد ركيزة يستند إليها القاضى فى رقابة الدستورية، ومن ثم فإن السلطة القضائية مدعوة استناداً لسلطتها فى رقابة دستورية القوانين لتقمص دور العراف أى تقمص دور واضع الدستور الراقد تحت الثرى .

ويعترض بيردو على رقابة الدستورية استناداً لما سلف، ويرى أن الحالات التى لا يثور فيها شك فى وجود مخالفة دستورية لا تستدعى تنظيمياً للرقابة الدستورية بحسبان أنه يمكن الاعتماد فى ذلك على رد فعل الرأى العام .

وفى حالات المخالفة الخفية لا يجد القاضى فى عبارات الدستور ما يمكن الاستعانة به لتطبيقها على الوقائع الجديدة .

ونرى أن الرقابة الدستورية هى رقابة قانونية⁽⁶⁰⁾ وسياسية فى ذات الوقت إذ إن مادة الرقابة سياسية بطبيعتها لأنها تنصب على عمل الساسة المنظمين لشئون الدولة وهم المشرعون. وإذا كان القاضى يحاول قتر جهده الالتزام بضوابط الرقابة الموضوعية إلا أن قيام القاضى بالتعرف على نوايا المشرع العادى وواضعى الدستور فى معرض الرقابة على دستورية القوانين توصلنا لاكتشاف المخالفة المستترة تجعله يعتمد بالضرورة على معيار شخصى كما أن الضوابط الموضوعية من خلقه هو فمن ثم لا زال للمعيار الشخصى، دور كبير يؤدى حتما لوجود دور سياسى.

وإذا كان أنصار الرقابة القانونية يرون ضرورة التقيد بالنصوص المكتوبة دون تجاوزها إلى ما يعلو الدستور من مبادئ حتى لا يحل القاضى الدستورى نفسه محل المشرع الدستورى، فإننا نرى عدم صحة ذلك إذا لا زالت مبادئ الدستور ذات طبيعة مرنة وفضفاضة ولا يمكن ضبطها وتحديدها بغير الرجوع لما استقر من مبادئ فى الضمير الإنسانى والعالمى، وإلا خلت الرقابة من أى مضمون، وهذا ما انتهجته محكمتنا الدستورية⁽⁶¹⁾ فى العديد من أحكامها على النحو الذى أوضحناه فى الباب التحليلي .

وهناك حكم للمحكمة يبدو أنه يشير ضمناً إلى تلك الطبيعة السياسية وذلك فى قضية مؤداها أن أحد المستشارين المنتدبين بهيئة مفوضى المحكمة الدستورية من مجلس الدولة طعن على قرار تعيين اثنين آخرين من الهيئة كأعضاء بالمحكمة، وهنا قررت المحكمة أن العمل فى هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا مستقل فى طبيعته وخصائصه عن الرسالة التى تقوم عليها المحكمة فى مجال ممارستها لاختصاصاتها المحددة بالدستور ويقانون إنشائها، ذلك أن هيئة المفوضين تعكس فى التقارير التى تقدمها إلى المحكمة وجهة نظر قانونية مجردة وهى وجهة تدخلها المحكمة فى اعتبارها مضيفة إليها طبيعة المصالح التى تتنازع فيما بينها فى شأن الموضوع المعروض عليها، ووزن كل منها ودرجة تناقضها وإمكان التوفيق بينها، وما يقتضيه ترجيح إحداها - تقليداً لموجباتها - من حلول⁽⁶²⁾.

فإذا كانت المحكمة تقر بأن هيئة المفوضين تراعى الاعتبارات القانونية الخاصة بينما هي تراعى المصالح المتعارضة، فلا بد وهي تراعى هذا الأمر أن تراعى مصلحة المجتمع ككل والذي تتأثر أوضاعه ولا غرو بالطبيعة العينية لأحكامها والملزمة لكافة الجهات فى الدولة، ومن ثم يؤكد هذا الأمر الطبيعة السياسية للرقابة .

ويؤكد هذا الأمر أيضاً أن المحكمة لا يمكنها أن تقضى بحكم يؤدى لاضطراب الأوضاع حتى ولو كانت المعايير الفنية والقانونية التقليدية تؤدى إلى الأخذ بغير ما انتهجت المحكمة. إذ حينئذ سرعان ما تبتعث المحكمة وتختلف من المعايير الجديدة ما يبرر قضاها، ويظهر ذلك جلياً فى حكمها الصابر بحل مجلس الشعب مع بقاء قوانينه السابق إقرارها على أصل صحتها ما لم يقض بعدم دستوريته بسبب آخر، إذ هنا منعت المحكمة حق الانهيار الدستوري مستندة فى ذلك - وفقاً نعتقد - لنظرية استمرار الدولة ومنع فئانها .

ورغم كل الضوابط والقيود وطرائق التفسير سألغة الذكر فلا زال الدستور - وحسبما قرر القاضى هيوز - هو ما يقوله قضاة المحكمة العليا ، ولا شك أن حكم القاضى يعتمد على المقدمات التى كونت شخصيته ومن ثم تحكم فى سلوكه، فإذا كان القاضى بحسب مزاجه واقتناعه الراسخ من المعرفة والتجربة من نوى الميول الفردية، أو متعاطفاً مع الولايات الصغيرة ومسانداً لها كما فعل القاضى William James، أو من الاشتراكيين المؤمنين بحق المجتمع فى الرقابة، أو محافظاً مثلما كان رئيس المحكمة العليا White والقضاة Van devanter و Sutherland و Field فما من شك فى أن هذه القناعات الراسخة والأفكار الثابتة لا يوجد منطق قانونى يمكن أن يؤثر عليها وتظهر فى الحكم على نحو يستحيل تفاديه (63).

وصفوة القول أنه لا يعد إسرافاً التقرير بأن الرقابة الدستورية هى رقابة تتدخل فيها وإلى حد ما الاعتبارات السياسية مهما حرص القاضى على تفادى ذلك ، وأنه من الناحية النظرية يصح القول أنها ذات طبيعة قانونية أو أن القاضى فيها يباشر مهمة قانونية خالصة، إلا أن الواقع يثبت خلاف ذلك ، إذ لا يمكن للقاضى الدستوري إلا أن يفسر النصوص الدستورية لا على أنها أحكام مجردة ولكن على أساس من أنها أحكام حية تتفاعل وتتطور مع المجتمع وظروفه، وسيظل دور المحكمة الدستورية فى أى مكان حر - حقاً - أن تعمل على إيجاد الصلة أو همزة الوصل بين نصوص الدستور المحلى وبين المبادئ الإنسانية المستقرة ، وهى فى ذلك تلعب دوراً سياسياً تقديمياً لا محالة .

وهكذا نتوقع - فى إطار من هذا الفهم أن تتطور الرقابة كلما طورت المحكمة من معانى النصوص الدستورية نحو غد أكثر إشراقاً .

المطلب الثانى

مبدأ الحوار الدستورى

يرى لويس فيشر أن الكونجرس من حقه أن يمرر تشريعاً يلغى ما يراه سوء تفسير قضائى من المحكمة ولا يستطيع أحد أن يلومه على ذلك، وبالنسبة للتفسير الدستورى فإن الكونجرس يستطيع أن يكسب الجولة حال تعارض وجهة نظره مع هذا التفسير مع الوقت، وذلك عن طريق التغير الذى يحدث فى تركيبه المحكمة أو آراء القضاة ذاتها .

ولا ينال ذلك من مكانة السلطة القضائية إذ إن عمل المحكمة العليا هو موازنة اللغة العامة للدستور مع الاحتياجات المتغيرة للأمة ، الأمر الذي يؤدي إلى حركية الدستور وعدم ثباته ، ويدعو ويشجع سيادته قيام المشرع بالتشريع بصورة تحت المحكمة على إعادة النظر في قراراتها من وقت لآخر ليهيئ للمحكمة فرصة التطوير.

ولا يجب النظر حينئذ للمحكمة بوصفها قد أخطأت في السابقة التي عدلت عنها ، إذ إن العدول أمر صحي - حسبما أسلفنا .

ومثال ما سلف أن المحكمة سبق لها أن ألغت تشريعات الكونجرس المنظمة لعمالة الطفل على أسس دستورية ، وحول الكونجرس أسس هذه التشريعات من فقرة التجارة إلى فقرة الضريبة وهنا أيضاً قضت المحكمة بعدم دستورية القانون، وأخيراً في سنة ١٩٣٨ عاد الكونجرس ثانية لفقرة التجارة فأيدت المحكمة دستورية القانون⁽⁶⁴⁾.

ويشبه هذا الأمر إصرار الكونجرس على إصدار قانون الحقوق المدنية سنة ١٩٦٤ رغم أنه كان من الواضح مخالفته للمبادئ السابق تقريرها من المحكمة في حقبة ماضية سنة ١٨٨٣ .

وهكذا يبدو أن التعارض الظاهر ما بين المبدأ القضائي والفلسفة التشريعية لم يمنع الكونجرس من إعادة المحاولة، وقد عدلت المحكمة عن موقفها وأيدت القانون استناداً لفقرة التجارة بين الولايات⁽⁶⁵⁾.

وهكذا فإن هذا التناغم والحوار ما بين المحكمة والكونجرس أفضل تماماً من الاعتقاد في السيادة القضائية المطلقة . وليس مستغرباً حال الخلاف بين المحكمة والكونجرس حول أمور دستورية أن يكون الكونجرس على صواب .

وإذا كان هناك احتياج في أوقات معينة للإجماع ولحكم عنيف كما حدث في قضية ووتر جيت سنة ١٩٧٤ فإن مثل هذا الاحتياج لا يتكرر كثيراً ، ولا بأس أن تتخذ المحكمة أحكاماً استكشافية لتبين الأمر وريود الفعل قبل أن يستقر إجماعها على حال.

ويمكن أن تتخذ المحكمة أحكاماً في أوقات الأزمات لا تلجأ إليها في الأوقات العادية كالمعاملة التي حدثت لليابانيين أثناء الحرب العالمية الثانية .

وخلاصة القول أن التفسير الدستوري أمر مخول للجميع وليس مقصوراً على المحكمة وحدها ، وهذا يساعد على إحداث الحوار الدستوري بين المحكمة والفرعين الآخرين والشعب ككل .

ويخلص لويس فيشر إلى أن الأمة الأمريكية تشعر بأمان أكثر لما تنفذت السلطة في ظل نظام الفحص والتوازن ، وهو الأمر الذي يفضي لأن تمكن محكمة غير منتخبة من مراقبة أعمال الفرعين المنتخبين ، ويفضي أيضاً إلى أن التفسير الدستوري ليس مقصوراً على المحكمة فقط، إذ يرى لويس فيشر أن السيادة مرفوضة لأي من الأفرع الثلاثة .

وهكذا فإن الحوار الدستوري يقوم على خطأ المبالغة في الاعتقاد في السيادة القضائية المطلقة وفي اعتبار القضاء الدستوري حامى حمى القواعد الدستورية، إذ لو حدث ذلك لتحمل القضاء الدستوري ما لا يطيقه ولا يقدر عليه. وقد قرر رئيس المحكمة العليا الأمريكية إيرل وارن ذات مرة أنه يجب على القضاة أن يلعبوا دوراً محدوداً في النظام السياسي إذ تقع مسئولية وضع القواعد المنقطة

مع الدستور على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية بل إنه حتى في ذلك المجال لايجب زيادة الاتكال على السلطتين الألفتين بحسبان أن ذلك مسئولية كل مواطن⁽⁶⁶⁾.

ومما يؤكد ما سلف أن الرئيس الأمريكي جيمس بوكانين قد ذكر ذات مرة أن ما تنقسم عليه الأمة الأمريكية بصدد العبودية تختص به المحكمة العليا دستورياً وكان جزءاً تحميل المحكمة لهذه المسئولية هو أن حكمها في قضية العبد برد سكوت قد أدى إلى قيام الحرب الأهلية الأمريكية. وهكذا لاحتماية للحرية والديمقراطية ولإبداءى الحكومة المقيدة بغير رفض السيادة المطلقة للسلطات الثلاث في الدولة. وشيئاً مشابها لما حدث في أمريكا حدث في مصر عندما انقسمت الأمة حول قانون الصحافة ، وعرض الأمر كدعوى تفسير على المحكمة فذهبت⁽⁶⁷⁾ المحكمة الدستورية إلى عدم قبول الطلب، وخيراً ما فعلت .

وهكذا يبدو أن المحكمة الدستورية في مصر بوصفها حديثة العهد تستفيد من عثرات وأزمات المحكمة العليا الأمريكية العتيقة في العمر وهو أمر مستحسن.

وياليت مستقبل الرقابة الدستورية يقوم على أساس الحوار الدستورى ورفض السيادة القضائية ففي ذلك أفضل حماية للقضاء الدستورى.

المبحث الثانى

نصوص يتوقع القضاء بعدم دستورتها

هناك نصوص عديدة يتوقع القضاء بعدم دستورتها لو سمحت الفرصة وعرضت على المحكمة الدستورية العليا، وسوف نكتفى نمونجين لتلك النصوص على سبيل المثال لا الحصر على النحو التالى :

المطلب الأول

المادة الثالثة من القانون ١٠١ لسنة ١٩٨٧

بمقرر علاوة خاصة للعاملين بالدولة والقطاع العام

تنص تلك المادة على أنه :

« لا يجوز الجمع بين العلاوة الخاصة المنصوص عليها فى هذا القانون وبين الزيادة التى تقررت فى المعاش اعتباراً من أول يوليو سنة ١٩٨٧ ، فإذا زادت قيمة العلاوة عن الزيادة فى المعاش أدى إلى العامل الفرق بينهما من الجهة التى يعمل بها .

ومفاد هذا النص أن المشرع بعد أن قرر علاوة خاصة للعاملين بالدولة والقطاع العام الموجودين بالخدمة وقت العمل بأحكام هذا القانون أو الذين سيعينون مستقبلاً حظر الجمع بين هذه العلاوة وبين الزيادة التى تقررت فى المعاش اعتباراً من ١ / ٧ / ١٩٨٧ ، فإذا زادت قيمة العلاوة عن الزيادة فى المعاش أدى إلى العامل الفرق بينهما من الجهة التى يعمل بها .

وعلى هذا فإنه إذا ما قضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٢ بضم تلك العلاوة المقررة بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ إلى راتب العامل فإن الجزء الذى سيضم للعامل هو الفرق بين قيمة العلاوة الخاصة والزيادة التي تقررت في معاشه العسكري وذلك في حالة زيادة هذه العلاوة على الزيادة في المعاش (68).

وكانت الفقرة الأولى من المادة (٩٩) من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢ تنص على أنه « إذا عين صاحب معاش على درجة مالية في الجهاز الإدارى للدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو هيئات القطاع العام وشركاته، أوقف صرف معاشه طوال مدة خضوعه لأحكام قانون التأمين الاجتماعى، فإذا كان صافى المرتب الأساسى الذى يتقاضاه صاحب المعاش المعين فى إحدى الجهات المشار إليها أقل من المعاش المستحق له من القوات المسلحة مضافاً إليه ٢٠٪ منه يصرف له من المعاش ما يعادل الفرق بينهما على أن يستتزل من جزء المعاش المنصرف له أى زيادة تطرأ مستقبلاً على هذا الصافى حتى انتهاء خدمته المدنية » .

وكانت المحكمة الدستورية (69) قد قضت بعدم دستورية الفقرة المذكورة تأسيساً على أن العدوان على أى من المعاش أو الأجر ينحل إلى إخلال بالملكية الخاصة التي كفل الدستور في مادته الرابعة والثلاثين أصل الحق فيها وأحاطها بالحماية اللازمة لصونها ، تلك الحماية التي جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على انصرافها إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ، واتساعها بالتالى للأموال بوجه عام .

وذهبت المحكمة إلى أنه ليس ثمة ما يحول دون الجمع بين الحق في المعاش والأجر لاختلافهما مصدراً وسبباً ، ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدراً للحق في المعاش فإن استحقاق أجر العمل مرده إلى رابطة العمل ذاتها تنظيمية كانت أم تعاقدية ليرتبط بها ويرتد إليها في مصدره المباشر .

كذلك يعتبر المعاش مستحقاً عن مدد خدمة سابقة بالقوات المسلحة مؤدى عنها حصص تأمينية بينما الأجر هو المقابل المشروع للعمل .

ووفقاً لذات المبادئ ذهبت المحكمة (70) لعدم دستورية نص المادة ٤٠ من قانون التأمين الاجتماعى .

ونرى أن الأساس الذى قام عليه الحكمان المذكوران يصلح للقضاء بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ سالف الذكر، إذ إن الزيادة التي قررتها تلك المادة وإن كانت زيادة قانونية إلا أنها في حقيقتها وجوهرها مقابلاً مشروعاً للعمل وأداء العمل هو سبب استحقاقها، فلا يجوز منع منحها لاستحقاق العامل زيادة في معاشه والتي لها سبب آخر مختلف تماماً .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مقتضى مبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادة (٤٠) من الدستور عدم جواز حرمان العامل من العلاوة بكاملها لمجرد استحقاقه زيادة في المعاش، إذ إن هذه الزيادة الأخيرة لا تخل بالمركز القانونى والمتساوى والمتكافئ بين العامل العادى وزميله الذى يتقاضى معاشاً عسكرياً والذى يقتضى عدم جواز التمييز والتفرقة بينهما .

المطلب الثاني

المادة (٢/١٠٦) من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعي

يتشدد قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ في الشروط اللازمة توافرها لاستحقاق الزوج لمعاش زوجته بعكس الحال في استحقاق الزوجة لمعاش زوجها، فيشترط ذلك القانون في المادة (٢/١٠٦) لاستحقاق الزوج أن يكون الزوج عاجزا عن الكسب وفقا للبيانات المقدمة بطلب صرف المعاش على أن يؤيد ذلك إقرارا من الهيئة العامة للتأمين الصحي.

ويرى رأي⁽⁷¹⁾. أن هذا الاختلاف له أساسه الدستوري حيث ينص الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، والمعاش في حكم النفقة في الشريعة الإسلامية ، ومن ثم لا يجب على الزوجة للزوج كقاعدة عامة مالم يكن عاجزا عن الكسب.

ونرى عدم صحة الرأي الأنف إذ قياس المعاش بالنفقة قياس مع الفارق إذ المعاش - وحسيما يرى الأستاذ الدكتور محمد مرغني⁽⁷²⁾ - مندرج عن طريق عمل تعاقدى على مدى الحياة تستقطعه الدولة شهرا بشهر حتى يرد عند الحاجة اليه، ومن ثم فإن استغلاله يمد الدولة بدخل طيب ولايسترده صاحبه إلا عن حق وعدل ومن ماله المدخر وليس من مال الدولة.

ومقتضى مبدأ المساواة عدم التمييز بين الرجل والمرأة حيث خرج كلاهما إلى العمل، ويضعان قيمة الاشتراك (التأمين) ومن ثم لاسوغ لأن يعامل اشتراك الرجل معاملة تختلف عن اشتراك المرأة⁽⁷³⁾.

هوامش الباب الخامس

- (1) راجع المادة الخامسة من الدستور الأمريكي .
- (2) راجع في ذلك الخطاب الموجه من جيفرسون إلى ماديسون، "Jan. 30, 1787, in The Portable Thomas Jefferson", 1975, p. 416-417.
- (3) ينص التعديل (١١) من الدستور على أنه " أن تقسم السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو يجعلها تتسع لأي دعوى خاصة بالقانون ، العدل ، بدت أو رفعت ضد واحدة من الولايات المتحدة، بواسطة مواطني ولاية أخرى ، أو بواسطة مواطني أو رعايا أي دولة أجنبية .
- (4) راجع القضية في 2 Dallas 419 (1793)
- (5) ينص التعديل الرابع عشر في فقرته الأولى على أن " جميع الأشخاص الذين يولدون في الولايات المتحدة أو يتجنسون بجنسيتها ويخضعون لسلطانها يُعتبرون مواطنين للولايات المتحدة والولاية التي يقيمون فيها .. ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطتها من المساواة في الحماية أمام القانون .
- (6) راجع القضية في 60 U. S. (19 Howard) 393 (1857)
- (7) ينص التعديل السادس عشر على أن " يكون للكونجرس سلطة فرض وتحصيل الضرائب على الدخل ، مهما كان مصدره ، دون توزيع نسبتي بين الولايات المختلفة، ودون مراعاة لأي إحصاء أو تعداد .
- (8) راجع القضية في 158 U.S. 601 (1895)
- (9) ينص التعديل السادس والعشرون على أنه :
الفقرة الأولى: إن حق مواطني الولايات المتحدة الذين في سن الثامنة عشرة وما فوق للانتخاب سوف لا ينكر أو ينتقص من جانب الولايات المتحدة أو أي ولاية بسبب السن .
الفقرة الثانية: يكون للكونجرس سلطة تنفيذ هذه المادة بواسطة التشريع الملزم .
- (10) راجع الحكم في: 400 U.S 112 (1970)
- (11) راجع في التفاصيل Christopher E. Smith, Politics In Constitutional Law , Nelson - Hall Publishers, Chicago, 1992, p139 .s.
- (12) راجع القضية في: 1095 S.Ct. 2533 (1989).
- (13) راجع القضية في: 110.S. Ct. 2404 (1990)
- (14) راجع قضية: Ex parte Mc Cardle, 74 U.S. (7 wall). 506 (1869).
- (15) أمر الإحضار يكلف الموجه إليه بالمبادرة إلى تقديم الشخص المحبوس لديه مع بيانات تاريخ حبه والاسباب الداعية إلى ذلك . بهدف حماية حرية الأفراد والحيلولة دون جميع ضروب الاعتقال غير المشروع ويوجد أصله في القانون الإنجليزي حيث يسمى هناك أمر الحرية العظيم (The great right of liberty)†
- راجع حارث سليمان الفاروقي ، للمجم القانوني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة لبنان ، ١٩٩١ .
- (16) راجع : Van Alstyne, A Critical Guide to Ex Parte McCardle, 15 Ariz L. Rev. 229 (1973)
- (17) راجع القضية في: 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872).
- (18) تقول المحكمة في القضية الآتية حرفياً :
"It was inconsistent with the separation of powers ..."
راجع في استعراض القضية وفي سحب السلطة القضائية الاستثنائية: Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit.p. 77-82.
- (19) (مقارب لما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن مبدأ تفريد العقوبة، بعدم دستورية كل نص تحاول به السلطة التشريعية أن تخل بالحقوق الرتبيلة عقلا بالوظيفة القضائية، .
راجع الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١٥ ق ١٠ دستورية، جلسة ٢ / ٨ / ١٩٩٦ . وما ذكرناه بهذه الرسالة حول مبدأ تفريد العقوبة بالباب التطليقي منها.
- (20) ونص عبارته حرفياً :
The only thing we have to fear is fear itself
Archibald Cox, Court and The Constitution , Op. cit, p. 145 .s.
- (21) راجع: Schechter Poultry Corp. v United States, 295 U.S. 495 (1935).
- (22) راجع : United States v. Butler, 297, U.S. 1 , 68 (1936)
- (23) راجع : Morehead v New York ex rei . Tipaldo 298. U.S. 587 (1936)
- (24) راجع القضية :
298 U.S. 238 (1936) .
- (25) ونص عبارة الرئيس روزفلت حرفياً :
"...we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want the Supreme Court which will do justice under the Constitution - not over it. "
Donald E. Lively , Judicial Review and the Consent of the Governed, Op. cit., p. 9.

- (26) راجع: Archibald Cox, *The Court and The Constitution*, Op.cit, p149- 150.
- (27) راجع: West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
- (28) راجع في التفاصيل: Archibald Cox, Op. cit. p. 154-155.
- (29) راجع: Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- (30) راجع في التفاصيل: Jeffrey A. Segal, and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Op. cit. p. 335.
- (31) راجع: Jeffrey A. Segal, and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Op. cit., p. 344.
- (32) راجع: Mapp v. Ohio 367 U.S. 643 (1961).
- (33) راجع القضيتين على التوالي في (1964) 376 U.S. 1 (1964) و (1964) 377 U.S. 533 وفي استعراض تفصيلي لهما د / عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق، ص ٢٤ - ٢٧.
- (34) راجع: United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).
- (35) من قبيل الاستثناء على خضوع الكونجرس للمحكمة ، نذكر أن المحكمة قضت بعدم دستورية الفيتو التشريعي سنة ١٩٨٢ . وكان هذا الحكم يعني أن ممارسة الكونجرس للفيتو التشريعي على مدار خمسين سنة سابقة على الحكم للسيطرة على أعمال السلطة التنفيذية كانت غير دستورية ، ورغم ذلك قرر الكونجرس خلال الخمس سنوات اللاحقة على الحكم حوالي ٤٠ فيتو تشريعي جميعها وبها الرئيس وصارت قانوناً ، إضافة إلى استمرار الكونجرس في ممارسة أدوات من السيطرة تتساوى عملياً مع الفيتو التشريعي .
- راجع في ذلك : Louis Fisher, *Constitutional Structures*, Op. cit, p 546.
- (36) راجع الحوار مع د/ أحمد فتحي سرور جريدة للصورة العدد ٣٧٧٧ بتاريخ ١٥ / ٢ / ١٩٩٦ .
- (37) راجع في الرد على آراء د/ أحمد فتحي سرور كل من : الدكتور المستشار / عوض المر - للصورة - العدد ٣٧٧٨ بتاريخ ٢٢ / ٢ / ١٩٩٦ و د/ محمد سليم العوا ، الوطن، ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .
- (38) راجع في تفاصيل تلك الأزمة ص ٧-٢ وما بعدها من هذه الرسالة .
- (39) راجع د. مصطفى أبوزيد فهمي، نحو نقد علمي لقضاء المحكمة الدستورية العليا، جريدة الأهرام، بتاريخ ١٧ / ٦ / ١٩٩٦، ص ١٠.
- (40) راجع مقالة د/ مصطفى أبوزيد فهمي ، "نعم المحكمة الدستورية العليا خالفت الدستور والقانون"، الأهرام، ١٠ / ٧ / ١٩٩٦.
- (41) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩ / ٥ / ١٩٩٠ ، الجزء الرابع ، ص ٢٥٦.
- (42) رآى د. يحيى الجمل في حديثه لـ "جريدة العربية" - الاثنين ١٧ / ٦ / ١٩٩٦ أن موضوع السؤال الذي وجهه د. مصطفى أبو زيد يصلح أن يكون موضوعاً لخطبة منبرية أو موضوعاً لهتاف وسط طلاب ثانوين ولا يصلح أن يكون سؤالاً في امتحان.
- وقد اجتمع مجلس كلية الحقوق جامعة الإسكندرية بتاريخ الثلاثاء ١١ / ٦ / ١٩٩٦ وقرر إعلان استياء الكلية مما حدث وتأكيد احترامها للمحكمة وسائر الهيئات القضائية في مصر وأن الطريقة التي صيغ بها السؤال لا تعبر على الإطلاق عن موقف الكلية من المحكمة، ولا يتفق مع المنهج العلمي الذي درج عليه أساتذتها في البحث والتأليف والتدريس ويضع أسئلة الامتحان.
- برأي المستشار / طه أبو الخير أنه لا يسوغ أن يضع د/ مصطفى أبوزيد سؤالاً إيحائياً يفرض على الطالب الأخذ بمفهومه والانسحاق إلى رأى معين فيه ما فيه من تطاول على هيئة قضائية موقرة ورفضها بالخروج على أحكام الدستور والقانون، وأكد سيابته أن اتهام المحكمة بالولاء لغير دستورها هو اتهام خطير ينطوي على جريمة إهانة هيئة قضائية الأمر الذي يوثقه قانون العقوبات - راجع في ذلك المستشار / طه أبو الخير، جريدة الأهرام، الثلاثاء ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦.
- (43) راجع د. مصطفى أبو زيد، النظام الدستوري للصيرى ورقابة دستورية القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤ ، تقديم وتمهيد صفحة ج - د .
- (44) راجع د/ أحمد كمال أبو الجد ، مقالتان بعنوان المحكمة الدستورية وحدود سلطاتها ، جريدة الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .
- (45) راجع : تحليل أحكام المحكمة في مجال العلاقات الإدارية ص ١٧٧ وما بعدها من هذه الرسالة.
- (46) راجع : تحليل حكم المحكمة بشأن هذا الأمر في ص ٢٢٢ - ٢٢٤ من هذه الرسالة
- (47) يحدد لرئيس مجلس الشعب والشورى واللجان المختلفة في المجلسين أنهم جميعاً رفضوا . بغير تردد ولا تراخ . وقيل أن يسدل عام ١٩٩٧ استأثره ، مشرعاً غريباً بالغ الخطورة تقدم به أحد أعضاء مجلس الشعب من غير القانونيين ما مقتضاه أنه إذا أعاد مجلس الشعب إصدار القانون المتقضى بعدم دستوريته بالأغلبية العادية صار نافذاً ولمزماً ولامقبى عليه.
- (48) راجع تلك الاعتبارات ص ٢٢ - ٢٢١ من هذه الرسالة.
- (49) تنص المادة ٣٨٧ من القانون للنبي على أنه :

- ١- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعى أو بناء على طلب دانيته أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتسك به المدعى.
- ٢- ويجوز التسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية.
- (50) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥، جلسة ٨ / ٤ / ١٩٩٥، الجزء الخامس، مجموعة المطابع الأميرية، ص ٣٣.
- (51) راجع د/ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (٣) ١٩٥٨، ص ١٠١٥.
- (52) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، ملف رقم ٨٦ / ٢ / ١٢١٠، جلسة ١٥ / ٦ / ١٩٦٦، وفتوى اللجنة الثالثة بضم الفتوى، ملف رقم ١١ / ١ / ١٩٦٣، جلسة ١١ / ١١ / ١٩٧٤، وفتاواه، ملف رقم ٢ / ٦ / ١٢٩، جلسة ١ / ١٢ / ١٩٧٥.
- (53) راجع في ذات الاتجاه، التقرير المقدم للعرض على اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة، بتاريخ ٣ / ٤ / ١٩٩٠، ملف إدارة الفتوى لوزارات الصناعة والبترويل والثروة المعدنية والكهرباء، رقم ٢ / ٧ / ٤٣٣.
- (54) راجع د/ إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار الفيصل، ١٩٩٦، ص ٢٦٣.
- (55) اتجهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن القانون غير الدستوري لا يعد مانعاً من سريان التقادم وذلك عندما أفتت بملامة ١ / ٦ / ١٩٩٠، ملف رقم ٧ / ٢ / ١٤٢ بصدد كيفية تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٢٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتجديد بيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المأجر والمستأجر فيما تضمنته من استثناء الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية وذلك بالنسبة إلى تطبيق ما تضمنته المادة (٧) من زيادة الأجرة، إذ انتهت الجمعية صراحة إلى أحقية شركة الضيق للتأمين في الحصول على الزيادة في القيمة الإيجارية المقررة بالمادة (٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه على الأماكن التي توجرها للجهات الحكومية لغرض أغراض السكنى اعتباراً من تاريخ تقريرها، وذلك بمراجعة التقادم الخمسي.
- (56) تنص المادة ٢/٣٧٧ من القانون المدني على أنه:
- ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق. ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.
- (57) تنص المادة ١٨٧ من القانون المدني على أنه:
- ه تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بهقته في الاسترداد. وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.
- (58) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٠٦٩ في ٨ / ١٢ / ١٩٧١، الموسوعة الجزء (١١)، ص ٩٤٢، ٩٤٤.
- (59) فهمت المحكمة الدستورية العليا جيداً الفارق بين الضريبة والرسوم فلكنت أن الدستور... مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية، فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون، وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي بينها القانون.
- راجع في ذلك المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ٨ / ٤ / ١٩٩٥، مجموعة المطابع الأميرية، للجزء الخامس، ص ١٩.
- (60) يلاحظ أن الجمعية العمومية رأت أن الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق كاصل عام يتقادم بثلاث سنوات تبدأ من يوم دفع أي من الضرائب والرسوم وذلك دون إخلال بالأحكام الواردة في القوانين الخاصة بتطبيق المادة (٢ / ٣٧٧) من القانون المدني، ورات الجمعية أن القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٢ يعد من تلك القوانين الخاصة، والذي نص في مادته الثانية على أنه يبدأ الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير وجه حق من يوم دفعها، إلا إذا ظهر الحق في طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التي قامت بالتصصيل فبيد التقادم من تاريخ إخطار الممول بوجه حق الرد بكتاب موصى عليه، فمن ثم فإن التقادم الذي يبدأ بثلاث سنوات من تاريخ الدفع ينقطع بطلب الرد ولا يبدأ التقادم الثلاثي من جديد في حالة الاعتراف من قبل الجهة الإدارية بالحق في الرد إلا من تاريخ إخطار الطالب بخطاب موصى عليه.
- راجع فتوى الجمعية العمومية بقسمى الفتوى والتشريع، جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٩٤، ملف رقم ٣٧ / ٢ / ٣٧٩.
- (61) النظرة السائدة في الفقه والقضاء، الأمريكيين تسيير وفقاً لمبادئ معينة تجاه القانون للتضييع بعدم دستوريته هي كالتالي:
- أ - إن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ولا يلغيه ولا ينشئ أي حالة قانونية جديدة متصلة به.
- ب - إن الحكم يكشف عن حقيقة العمل التشريعي المروص على المحكمة، فإذا اكتشفت المحكمة أن نك العمل يتعارض مع الدستور فمعنى ذلك أنه لم يكن قانوناً بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، حيث أكد أحد الفقهاء أن عبارة قانون غير دستوري تنطوي على تناقض منطقي واضح إذ إن عمل السلطة التشريعية إما أن يكون قانوناً فيوصف حتماً بأنه دستوري، وإما أن يخالف الدستور فلا يكون قانوناً على الإطلاق.
- قد عبرت المحكمة العليا عن هذا في إحدى القضايا لما قضت بأن التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق فهو لا ينشئ حقوقاً، ولا يربط واجبات، ولا يمنع حماية، ولا ينشئ وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً ولكنه لم يصدر أصلاً.
- ج - هذا الأمر الرجعي لا يمكن مع ذلك التسليم به على إطلاقه إذ لا يخفى أن القضاء على كافة الحقوق والواجبات الناشئة من ظل القانون قبل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الأضرار المالية والمعنوية ويسبب من الإشكالات

القانونية اضعاف ما قد يؤدي إليه الإبقاء عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكم لها صدر سنة ١٩٤٠ حيث قضت أن « الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها ، وليس من الحكمة في كثير من الأحوال أن تسند المحكمة على الماضي ستارا من النسيان وذلك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظلّه » .

وقد لجأ القضاء في سبيل الاعتراف بالأثار القانونية المترتبة على ذلك الوجود المادي للقانون إلى وسائل قانونية شبيهة بتلك النظريات المعروفة في فقه القانون العام ومنها نظرية الموقف الفعلي .

راجع في التفاصيل د/ عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبعة الفيصل ، الكويت ، ١٩٩٥ ، ص ٢٣٤ - ٢٣٧ .

(62) في ذات الاتجاه / وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٣١ .

(63) من أمثلة ذلك ما قضت به محكمةنا من أن « إبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية ، وربطها ببعض ، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها ، ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق للحقوق المنصوص عليه تقصي لمراميقها ، واستصفاء ما وراءها من القيم التي احتضنها الدستور » راجع للدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٥٨ .

(64) راجع حكم محكمة الدستورية العليا في الطلب رقم ٢ لسنة ١٢ ق « طلبات أعضاء » ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، ص ٤٠٤ .

(65) د/ وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها ، المرجع السابق ص ٤٦ .

(66) راجع : . United States v. Darby , 312 U.S. 100 (1941)

(67) راجع في تأكيد ذلك : . Katzembach v. , 379 U.S. 241 (1964) , Heart of Atlanta Motel , v. , United States , 379 U.S. 294 (1964) .

(68) راجع الدعوى رقم ٦ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٩٢ .

(69) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق دستورية ، جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٥٦ .

(70) راجع فتوى الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/٥/٨ ، ملف رقم ٨٦ / ٤ / ١٣١٢ ، وهو ما سبق أن انتهت إليه اللجنة الثالثة للفتوى بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٢/٤/٢٦ ، ملف رقم ١٧ / ١ / ١٤٠٦ .

(71) راجع الدعوى رقم ٣ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٥٦٦ .

(72) تنص المادة (٤٠) من قانون التأمين الاجتماعي بأنه «إذا عاد صاحب المعاش إلى عمل يخضعه لأحكام هذا التأمين ، يوقف صرف معاشه اعتباراً من أول الشهر التالي ، وذلك حتى تاريخ بلوغه السن المنصوص عليها بالبنود ١ من المادة ١٨ » راجع بمصدك تلك المادة :

الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ ق « دستورية » جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٤٩٤ ،
والدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٨ ق « دستورية » جلسة ٧ / ٦ / ١٩٩٧ .

(73) راجع محمد عطفة أحمد ، تحقيق المعاش الضائع ، جريدة الأهرام ، ١٩٩٧/٤/١٧ ، ص ٣ .

(74) د/ محمد مرغني خيرى ، المرجع السابق .

(75) في ذات الاتجاه ، د/ عائشة راتب المرجع السابق .

الباب الختامي

مدى إمكانية الاستفادة
من التجربة الأمريكية
والتوصيات الختامية

تقسيم:

إن التجربة الأمريكية عتيقة في العمر والتجربة المصرية حديثة العهد، والقاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير، لذا فقد رأينا أن نخصص هذا الباب للدروس المستفادة من التجربة الأمريكية وهو الأمر الذي يستلزم بداية دراسة الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية.

وعلى هذا ستكون دراستنا في هذا الباب على النحو التالي:

الفصل الأول: الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية.

الفصل الثاني: الدور الدستوري لمحكمة الدستورية وبعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية.

الفصل الثالث : التوصيات الختامية.

الفصل الأول

الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية

هناك آراء ونظريات عديدة قدمت لتوضيح حقيقة الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية سوف نذكرها في المبحث الأول وفي المبحث الثاني سوف نوضح رأينا في الموضوع.

المبحث الأول

النظريات المختلفة حول الدور الدستوري للمحكمة العليا

١- نظرية Dahl،

قدم هذه النظرية السيد روبرت دال^(١) أول مرة في الخمسينات وأصبحت هي وجهة نظر الديمقراطيين وجمع من الفقهاء .

وتقوم النظرية على أساس أن المحكمة العليا هي كيان سياسي يمنح الشرعية للتفسيرات الدستورية التي تقرها الأغلبية ، وتعرض شرعية المحكمة العليا وجودها لخطر كبير عندما تعارض صراحة سياسة الأغلبية ، والتي من النادر أن تستطيع معارضتها لفترة طويلة .

والمحكمة العليا مثلها مثل أي لجنة داخل الكونجرس لا تستطيع أن تتجاهل السياسة السائدة داخله . وعادة ما تراعى المحكمة العليا القيام بالدور السالف عدا بعض المراحل الانتقالية التي تنفتت فيها الأغلبية الحاكمة ، وتنشأ جبهة جديدة أقوى منها تحاول الوصول إلى سدة الحكم .

ومع ذلك فالمحكمة العليا ليست وكالة تابعة بالمعنى الدقيق للأغلبية الحاكمة ولا هي في ذات الوقت مستقلة تمام الاستقلال عنه ، لذا فهي عندما تقضي بعدم الدستورية فذلك يكون فحسب عندما يدعوها التشريع لذلك حالة ضعفه وانطوائه على سياسة قليلة الأهمية .

وإذا حاولت المحكمة العليا الخروج على النمط السالف فإن ذلك يمكن أن يؤدي إلى أزمات

وكوارث عنيفة مثلما حدث في قضية العبد درد سكوت وفي فترة سياسة المعاملة الجديدة .

وهكذا فإن المحكمة العليا ليست ذات استقلال أو دور إيجابي مؤثر حقيقة في المجتمع ، إذ لا يمكن الوثوق في محكمة من تسعة قضاة دائمين قد تسيء لما تقرره الأغلبية .

ويضيف دال أن تحليل تاريخ المحكمة يؤكد أنها لم تقف مع حقوق الضعفاء أكثر مما وقف الكونجرس ، إذ لوحظ أن المحكمة استطاعت أن تؤخر السياسة الكونجرسية في بعض الأمور لفترات تصل إلى خمسة وعشرين سنة ، وكان ذلك في حقيقته إنكاراً لحقوق الضعفاء الأساسية في المجتمع باستخدام التعديلات الخامس والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر للحفاظ على حقوق وحرىات جماعات متميزة نسبياً على حساب الجماعة الضعيفة، مثل تمييز مصلحة ملاك العبيد على العبيد أنفسهم أى البيض على الزنوج ، وأصحاب الأعمال على العمال ، وكانت المحكمة العليا في الأحكام الأنفة مستقلة بمعنى استقلالها حقيقة عن الخط الديمقراطي الذي يعتد برغبة الأغلبية .

وأكد دال أنه لا حاجة في النظام الدستوري الأمريكى لمحكمة عليا قوية ، إذ ثبت أن المحكمة العليا تاريخياً كانت ضعيفة في نزاعها مع الأغلبية المنتخبة في معظم الفترات ، ومن ثم لا حاجة لمحكمة تعلو على إرادة ممثلى الشعب .

ويعترض سيادته على من يدعى بأن المحكمة العليا كيان قانونى فحسب وأنها ليست مؤسسة سياسية، إذ ثبت تاريخياً خروج تلك المحكمة عن المعايير القانونية التى تجدها فى سوابقها وفى القيم الأساسية الدستورية ، خاصة فى القضايا الهامة (2).

٢ - نظرية Gerald Rosenberg

يرى سيادته أن المحكمة العليا غير مستقلة عن النظام السياسى والاجتماعى ، ولا يمكن إحداث التغيير الاجتماعى عن طريق المحكمة إلا بتوافر الشروط الآتية :

أ - سوابق غزيرة

ب - مساندة تشريعية أو تنفيذية

ج - مساندة شعبية.

د - معارضة ضعيفة

هـ - إمكانية تطبيق أحكام المحكمة العليا عملياً .

ويرى هذا الفقيه أن أحكام المحكمة العليا ليست ضرورية ولا مؤثرة لإحداث التغيير الاجتماعى ، وينطبق ذلك على القضايا الشهيرة التى يعتقد خطأ إحداثها لتغيير اجتماعى، مثل قضية براون مثلاً إذ لم تخلق المحكمة بهذه القضية حقوقاً مدنية تنهى التفرقة العنصرية ، وفى قضية Roe الخاصة بالإجهاض فإنه التغيير الاجتماعى حدث لتوافر الشروط الأنفة اللازمة للتغيير عن طريق المحكمة، كما أن أحكام محكمة بيرجر المتعلقة بالحماية المتساوية لم تحقق سوى دعم ضعيف لدور المرأة فى المجتمع . ولم ير هذا الفقيه المحكمة العليا ككيان يعمل ضد رغبة الأغلبية ، أو كمؤسسة تضع الحدود والتعاريف اللازمة للحقوق الشخصية والحقوق العامة المتعلقة بنظام الحكم ، ولكن آمن بأن التغيير الاجتماعى يتركز إمكان حثوته فى أعمال الفرعين التشريعى والتنفيذى المنتخبين من قبل الشعب، وفى درجة تنظيم وقوة المعارضة المقاومة للتغيير ولا يتركز أبداً فى المحكمة العليا .

٢ - نظرية Mark Graber

يؤكد سيادته أن السياسة القضائية للمحكمة العليا نادراً ما تكون مستقلة عدا عدد محدود من الاستثناءات وذلك مرجعه إلى أن القضاة يرشحهم الرئيس ويؤكد ترشيحهم مجلس الشيوخ ، وهما منتخبان من الشعب ، ومن ثم ينتظر من القضاة أن يؤيدوا سياسة من عيّنهم ، كما أن حل النزاعات الاجتماعية أيضاً - عدا بعض الحالات الاستثنائية - يكون عن طريق المنتخبين من قبل الشعب وليس عن طريق المحكمة العليا المعين قضائياً . ويرى هذا الفقيه أن دور المحكمة يظهر فحسب بالنسبة للمسائل التي تكون فيها الأغلبية الوطنية غير قادرة على تسوية النزاع أولاً تريد الفصل فيه ، وهكذا فإن رقابة الدستورية لا تمثل في حقيقتها تعارضاً مع إرادة الأغلبية ، ولكنها تكون عندما لا توجد تلك الأغلبية حال اختلافها فيما بينها .

ويتفق مع النظريتين السالفتين عليه في أن المحكمة العليا كيان سياسي، إلا أنه يرى أن رقابة الدستورية لا تكون إلا في الأمور الخلافية مثل الإجهاض والعنصرية والتي يرغب القادة السياسيون في حسمها بعيداً عن النظام السياسي وعن طريق المحكمة لعدم وجود أغلبية واضحة، فإن ميزت المحكمة تلك الأغلبية فإنها تسير وفق هواها ، وعادة لاتقضى المحكمة بعدم الدستورية إلا عندما يصلها موافقة صريحة أَوْضَعْنِيهِ من الفرعين المنتخبين الآخرين .

وهكذا يخلص إلى أن المحكمة العليا تمثل صمام الأمان "safety valve" للمجتمع لأنها تحدث التوازن في النظام السياسي بتقريرها ما لا يرغب القادة السياسيون في تقريره من سياسات .

٤ - نظرية Martin Shapiro

يتفق سيادته مع دال في أن المحكمة العليا يجب رؤيتها كمؤسسة سياسية وليست قانونية ، إذ يمزج القضاة الأفكار المختلفة ليستخلصوا منها ما يؤيد موقفهم السياسي، وهم يتعرضون لفحص أمور غير واضحة الحل ويحددون سياستهم التي سيتجهون إليها ، ويلبسونها ثوباً قانونياً في إطار من استخدام مبادئ نظام الحكم والحقوق الشخصية الدستورية ، وهم مثل الساسة يفكرون في المسائل السياسية الكبيرة التي تواجه الأمة وتتعرض لها المحكمة ويننون أحكامهم استناداً إلى الوقائع الماثلة ورؤيتهم عن الخير العام والحياة الفاضلة أكثر من اعتمادهم على التحليل القانوني⁽³⁾ .

المبحث الثاني

رأينا حول «تقييم أداء المحكمة العليا الأمريكية»

إذا كان لنا أن ندلي برأى في هذا الموضوع فلا جدال في وجود نوع كبير من المبالغة فيما قرره النظريات المذكورة حول حقيقة الدور الدستوري للمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية .

ولا نجد مثلاً يوضح الأمر خير مما قرره المحكمة العليا في قضية Casey⁽⁴⁾ سنة ١٩٩٢ إذ فيها استندت المحكمة إلى ، القيم المتعلقة بالحقوق الشخصية المتمثلة في الالتزام بحرية المرأة في اختيار الإجهاض ، والقواعد المتعلقة بتنظيم الحكومة والمتمثلة في الالتزام بالسوابق القضائية ، واستقلال المحكمة عن الأغلبية القائمة في النظام السياسي، ولم تكثرث بكونها بهذا الحكم تعد مؤسسة متعارضة مع الأغلبية في النظام الدستوري الأمريكي إذ أمنت بأن الأمر يقوم على الفحص والتوازن بين السلطات "Checks and Balances" .

وهكذا مزج هذا الحكم بين المبادئ المتعلقة بحقوق الأشخاص ومبادئ نظام الحكومة .

ويظهر من الحكم الأنف أن المحكمة لا تتأثر بمسألة الانتخاب ، إذ إن إدارتي ريجان وبوش كانتا ترغبان في العلل عما سبق أن قرره المحكمة في سابقة Roe سنة ١٩٧٣ المتعلقة بإباحة الإجهاض ، ورغم ذلك فإن رأى أغلبية المحكمة انطوى على توبيخ لإدارة الرئيس بوش لمحاولتها إلغاء حق الإجهاض ، واشترك في الأغلبية كلا من القاضية ساندرا والقاضيين سويتز وكيندي وهم المعينون من قبل الإدارتين السالفتين ، وهكذا خيب القضاة أمل الرئيسين المعينين لهم ، وهذا يخالف ما قرره الفقيه Graber .

وإذا كان Shapiro يؤكد أن القضاة يبنون أحكامهم استناداً إلى قيمهم الشخصية فإن رأى الأغلبية في القضية المذكورة أكد على أنه وإن كان بعض القضاة شخصياً يرون أن الإجهاض ينتهك قيمهم الأساسية إلا أن ذلك لا تأثير له على الحكم إذ إن التزام القضاة هو تعريف الحرية للجميع وليس الإلزام بقيم القضاة الخاصة (٥) ، وهكذا انتهت المحكمة إلى الالتزام بسابقة Roe .

ويظهر من هذا الحكم كيفية التزام المحكمة بمبدأ هام من مبادئ نظام الحكومة وهو السوابق بوصفها مصدر هام لشرعية المحكمة في ظل نظام الفصل والتوازن ، وهكذا خالفت المحكمة وجهات نظر الفقهاء الأربعة سالفة الذكر بل إن القضاة أوكسر وسويتز وكيندي وضعوا قواعد جديدة للحالات التي يجب العلل فيها عن السابقة ، وهي أي من الحالات الآتية:

- ١ - عدم العمل بالسابقة من الناحية الواقعية .
- ٢ - تسبب السابقة في إحداث عدم مساواة .
- ٣ - تسبب السابقة في حدوث إضرار بالاستقرار الاجتماعي .
- ٤ - هجر السابقة من قبل المجتمع .
- ٥ - الاعتماد في السابقة أساساً على افتراض واقعي تغير ولم يعد له محل .

ويتطابق ما سلف على سابقة Roe اكتشفت الأغلبية تخلف أي من الحالات المذكورة الموجبة لإلغاء السابقة .

والأكثر أهمية من مجرد الالتزام بالسابقة فيما يتعلق بمبادئ تنظيم الحكومة تأكيد المحكمة على ضرورة استقلالها عن الأفرع السياسية للحكومة.

وفي رأى مؤيد للقاضي بلاكم أن أوضح أنه منذ تشكيل الدستور وقد أدرجت الأمة أن هناك حريات محددة لا يجب تركها لإرادة المنتخبين ، ومن ثم يجب أن تكون المحكمة مؤسسة مستقلة عن إرادة الأغلبية بما يسمح لها بعدم الانزلاق نحو رغبة الأغلبية أو حتى نحو القيم الشخصية للقضاة ، فضلاً عن أن المحكمة لا يجوز لها أن تتبع رأى الصفوة السياسية ، وأضاف بلاكم بأن ما حدث في حكم اليوم «يقصد حكم "Casey" يمثل نموذجاً يجب على قضاة المستقبل الحزن نحوه ، ويعد تحذيراً لكل من تسول له نفسه أن يحاول التغيير من اتجاه المحكمة لصالح فرع سياسي (٦) .

ويظهر من القضية السالفة أن أغلبية المحكمة يؤمنون تمام الإيمان بمبادئ نظام الحكومة والتي تتمثل في الالتزام بالسوابق وباستقلال المحكمة عن السياسيين والاهتمام بشرعية المحكمة في ظل نظام فصل السلطات ، بينما توجد أقلية بها تؤمن بقدرة الأغلبية السياسية على حل الأسئلة المتعلقة

بالحقوق الشخصية ومن ثم تكون تلك الأقلية أكثر تقبلا للعدول عن السوابق .

ويلاحظ على الحكم الآنف أن مبادئ الحقوق الشخصية ومنها حق الخصوصية غير ثابتة وتتطور تدريجيا ، وأعطت الأغلبية في تلك السابقة أهمية أكبر لهذا الحق ، ويظهر ذلك من تركيز المحكمة على أمور جديدة ، لم تذكر في قضايا الإجهاض⁽⁷⁾ السابقة مثل التركيز على حق المرأة في الاستقلال المادي وفي الإجهاض كاختيار إنساني ، إذ لا بد من تمكين المرأة من حرية السيطرة على حملها حتى تستطيع أن تشترك بفعالية متساوية مع الرجل في الاقتصاد والحياة السياسية.

وهكذا أسست المحكمة قضاياها على أساس من حق المرأة في الاستقلال المادي والاختيار الإنساني والمساواة ، ومن ثم يبدو واضحا خطأ وجهة نظر *Dahl* و *Graber* من أن المحكمة يكون لها تأثير ضئيل على المجتمع ما لم تتبع رغبات الأغلبية .

ولا ينال ما سلف ذكره من أن على المحكمة أن تسعى لاكتساب الرضا الشعبي عن أحكامها رغم أن الأغلبية وقت صدور الحكم قد لا تتفق مع اتجاهات المحكمة ، وذلك مرجعه إلى أن الرضا الشعبي هو مصدر الشرعية الحقيقي للمحكمة .

ويتحقق هذا الرضا الشعبي إلى حد كبير - ولو بعد فترة - عن طريق وضوح وسلسلة أحكام المحكمة بحيث يقدر على فهمها المواطن العادي.

وقد راعت المحكمة العليا في بواكير عهدها ذلك وأيضاً في القرن⁽⁸⁾ العشرين⁽⁹⁾ إلا أنه في العقود الثلاثة الأخيرة تغير هذا النهج نحو الصعوبة⁽¹⁰⁾، واستخدام المعايير الفنية والكثير من الاستشهاد والاقتراس الذي ربما يؤدي إلى إثقال الفهم على الرجل العادي غير المتخصص في القانون، وهو الأمر الذي يمنع تحقيق الحوار بين المحكمة والشعب ومن ثم يصعب تحقق الرضا الشعبي عن الأحكام ، كما أن ذلك يعيق تنفيذها .

وعلى المحكمة كحد أدنى أن تحاول الوصول إلى فهم الرجل المثقف وليس فهم رجل القانون ، وهذا الأمر هام جداً على الأخص بالنسبة للمسائل المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الشخصية مثل الإجهاض، والإجراءات الجنائية ، والدين .. الخ، ويقل شأنه بالنسبة لمسائل المادة (٣) من الدستور المتعلقة بالاختصاص القضائي أو التجارة بين الولايات أي بتلك المسائل البعيدة عن الحريات والحقوق الشخصية .

ويفسر سهولة الأحكام القديمة وصعوبة الأحكام الحديثة أن وثيقة الحقوق انطوت على عبارات واسعة فضفاضة غير محددة تحديداً دقيقاً مما أدى إلى الخلاف حول معانيها حتى بين القضاة أنفسهم، لدرجة أن آراء قضاة المحكمة في بعض القضايا التي تنشر في المجموعة المعروفة باسم *U.S Reports* أخذت في بعض القضايا مئات⁽¹²⁾ الصفحات مما أثار اضطراباً قانونياً واضحاً ، إذ أصبح من الصعب فهم الحكم وكذا سلوك المحكمة المستقبلي .

وفي عهد محكمة مارشال كانت الأحكام واضحة لطبيعة شخصيته التي ساهمت في ذلك ، وطبيعة القضاة التي كانت تميل إلى الإجماع ، إضافة إلى أن قضايا القرن الأول - بل القضايا التي امتدت على مدار مائة وخمسة وعشرين عاماً الأولى - كانت تتعلق أساساً بصلب الوثيقة الدستورية والذي يتميز بوضوح اللغة ، وكانت قضايا وثيقة الحقوق نادرة فلم تزد عن عشرين قضية .

وفي القرن العشرين ومع النهضة التقنية والثقافية وتداخل الاحتياجات تزايدت بشدة قضايا وثيقة

الحقوق لدرجة أن قاضيا مثل برينن شارك في حوالي ٣٠٠ قضية تتعلق بالتعديل الأول فقط .

هذا ومع تزايد ثقل القضايا المتعلقة بحق الخصوصية وغيره من الحقوق غير المباشرة رأى البعض أن على المحكمة أن تترك الأمر للفرعين المنتخبين لصالح الأمة.

ووصل الغلو لدى البعض إلى التقرير بأن حكم المحكمة في قضية براون سنة ١٩٥٤ ألغى ومحا جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الحكم بمنع التفرقة ، وأن هذا الحكم رغم الإجماع فيه والذي لم يستغرق في أسبابه سوى أربع عشرة صفحة كان في حقيقته مراوغة في علاج الأمر - ولعله يمكن الدفاع عن موقف المحكمة في هذه القضية بالذات بأنها وإن كانت قد فرضت تدرجاً متوازناً في علاج الأمر، فربما لأنها لم ترد أن تكشف السياسيين الذين فرضوا التفرقة طوال الفترة الماضية، وربما لأنها لم تستطع أن تهرب من السابقة التي قررتها في قضية *Korematsu v. United States* ، والتي كانت قد أثبت فيها نوعاً من التفرقة ضد اليابانيين في أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية وبالقلم فإن أفضل دفاع عن المحكمة في هذه القضية بالذات هو أنها فهمت حقيقة المجتمع الأمريكي والذي يجب ويحترم الدستور طالما أنه لا يقتحم أراءه المسبقة وعواطفه ، ومن ثم كان لابد من التدرج في الأمر حتى يكتسب أرضية لدى عقول الأمريكيين^(١٣).

ونرى أن الحكم الأصلي في قضية براون سنة ١٩٥٤ والذي قررت فيه المحكمة أنه « لا موضع في مجال التعليم العام لتطبيق فكرة الفصل مع المساواة، ذلك أن مجرد الفصل بين البيض والزنجي يؤدي بذاته إلى انتفاء المساواة بينهم ويتعارض مع مبدأ المساواة في الحماية القانونية المذكورة في التعديل الرابع عشر» هو حكم رائع ومتميز لخلوه من الاقتباس والاستشهاد والتلاعب بالألفاظ، ونرى أنه خاطب الجنوبي المتفتح خاصة والشعب عامة بدلا من أن يهتم بمخاطبة رجال القانون ، ومن ثم كان الحكم نموذجيا في سعيه لاكتساب الرضا الشعبي .

ويمثل الحكم التكميلي سنة ١٩٥٥ دبرا على ذات النهج واستمرارا في رغبة اكتساب الرضا الشعبي تدريجيا وفهما لحجود المقاومة المحتملة للحكم من قبل الشعب والتنفيذيين وخاصة في الجنوب

وإذا كان الحكم التكميلي قد اكتنفه بعض الغموض فقد كان ذلك لازما لتحقيق الإجماع أيضا منعا من اختلاف القضاة ، وإدراك المحكمة لحقيقة الوضع الهائج المحيط بها .

وغموض الأحكام قليلا ما يكون محبوبا وكثيراً ما يكون مذموما .

والغموض المحبوب يكون عندما تكون الصراحة مؤدية لنتائج سيئة وعكسية ومن ثم لا يجب أن يخرج الأمر عن طور الاستثناء لا القاعدة الأصلية .

فلا يطلب مثلا من المحكمة أن تكون صريحة في قضية براون وتعترف بأن ما دفعها إلى التدرج هو وجود مقاومة مؤكدة للحكم إذ لوحدث ذلك لزاد من صلابة المقاومة وقوى من موقفها .

ولا يطلب من المحكمة أن تكون صريحة في قضية فضيحة ووتر جيت لتعترف بأنها ما قضت ضد المزايا الرئاسية التي تمسك بها نيكسون إلا لأنها تشكل في نزاهته وفي إساءة استخدامه لها، إذ لو أقرت المحكمة بذلك لكانت قد أخلت بالاحترام الكافي للرئيس وتكون قد قضت في الاتهام الجنائي الذي كان يمكن تحريكه ضده.

ويأتى الغموض فى بعض الأحيان كنتيجة لازمة لبناء الأغلبية الضرورية لإصدار الحكم ، إذ يحاول القضاة الوصول إلى أرضية مشتركة للتغلب على خلافاتهم ولتشكيل رأى للأغلبية مما يؤدى فى بعض الأحيان إلى إصدار حكم غامض يخفى هذا الخلاف ، وهنا نفضل أن يكون رأى الأغلبية مكونا من آراء متوافقة أى تختلف فى الأسباب رغم اتفاقها فى النتيجة، عن أن يصدر حكم غامض. ولو آمن القضاة بتلك الوجهة من النظر ، فقد يؤدى انفراد كل منهم بمحاولة كتابة أسباب رأيه الموافق إلى اتفاقهم بعد ذلك ، إذ إن محاولة تثبيت وجهات النظر كتابة توضح الأمور وتقرب من تلك الوجهات .

وعلى القضاة أن يتجنبوا النقد اللاذع⁽¹⁴⁾ لآراء بعضهم البعض والتهويل والمبالغة الذى يخفى وراءه انتماءات حزبية متعارضة ، إذ ينال ذلك من سمعة المحكمة ومكانتها، وقد يستغل فى الهجوم على المحكمة كما حدث أيام روزفلت، وإذا كان التهويل والمبالغة لا يخدع القارئ الخبير إلا أنه يؤثر جدا على المواطن العادى الذى من المفترض أن المحكمة تكتب له .

ورغم كل الملاحظات الأنفة فلا زال دور المحكمة العليا الأمريكية فى المخطط الدستورى شديد الأهمية ولا ينكره إلا جاحد .

الفصل الثامن

الدور الدستوري لمحكمة الدستورية وبعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية المبحث الأول

الدور الدستوري لمحكمة الدستورية

ركزنا في خلال دراستنا الأنفة على محكمة التسعينات في مصر وهي الفترة التي رأس المحكمة في أغلبها المستشار الدكتور/ عوض المر⁽¹⁵⁾، والتي شهدت أكثر فترات القضاء الدستوري نشاطا في مصر لتوغل المحكمة في العديد من المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية نون إفراط أو تفريط . فقد أصدرت المحكمة أحكاما متعددة في مجال مباشرة الحقوق السياسية ترتب عليها حل المجالس التمثيلية المشكلة طبقا لنصوص قضت المحكمة بعدم دستورتها .

وعمقت المحكمة من مبدأ المساواة أمام القانون فأصبح لا يجوز التفرقة بين الأشخاص نوى المراكز القانونية المتكافئة.

وأعلنت المحكمة عن الضمانات الخاصة للأفراد في المجال الجنائي، والضمانات المتعلقة بحماية ممتلكات الأفراد .

وأوضحت المحكمة مفهوم الضرائب العامة وقضت بعدم دستورية العديد من النصوص التي فرضت الضريبة بالمخالفة لأحكام الدستور ، وحدت المحكمة مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية التي اعتبرها الدستور في المادة الثانية منه المصدر الرئيسي للتشريع.

وحمت المحكمة حقوقاً أخرى كثيرة كالحق في العمل والزواج وتكوين الأسرة والتعليم وحماية الحرية الشخصية... إلخ⁽¹⁶⁾.

وفى تدعيم المحكمة لحقوق الإنسان أمنت بأن مصر عضو عامل فى المجتمع الدولى ، وماطبق من قواعد قانونية يتعين ألا يكون غريبا عن المستويات المستقرة فى الديمقراطيات المتحضرة ، وأدى ذلك الفكر المتحرر إلى أن تولى المحكمة من شأن العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان ، وأن تطلب الالتزام بأحكامها التى تعكس حدوداً للحماية تعارفت الأمم المتحدة على ضرورة التقيد بها .

وقد ابتكرت المحكمة ممارسات جديدة فى الأداء القضائى على نحو ما ظهر فى هذه الرسالة أثرى الفكر القانونى ، وبالمطبع فإن المجال لم يتسع لاستعراض كل هذه الممارسات ، ولقد كان لانفتاح المحكمة على مدارس الفكر الأجنبى أثره الملموس فى الارتقاء بمستوى الفكر القانونى والقضائى فى البلاد .

وقد تضمن حكم المحكمة إضافة إلى الجانب العلاجى جانباً وقائياً يعرض للمفاهيم الدستورية التى باتباعها لا ينزلق المشرع فى حومة المخالفة الدستورية .

وقد أمنت المحكمة باستمرار التفاعل بين القضاء والمجتمع بما يسمح بتأصل التأثير المتبادل فيما بينهما ، وهذا هو الحوار الدستورى الذى نادينا به فى موضع آخر من هذه الرسالة .

وجريا وراء السياق الأمريكى بتسمية المحكمة باسم رئيسها خلال الفترة التى رأسها ، فإن محكمة التسعينات أو محكمة د. المر تذكرنا - وإلى حد كبير - بمحكمة وارن للحريات التى امتدت فى أمريكا فى الفترة من ١٩٥٣ إلى ١٩٦٩ ، ولولا الخوف من الإطالة والتزاما بموضوع البحث الذى يركز أساساً على محكمة رنكوس باعتبارها تمثل التطورات الحديثة فى المحكمة العليا الأمريكية ، لكنا قد عرجنا على تلك المحكمة العظيمة ولكن يمكن الرجوع فى هذا الشأن إلى التحليل القيم الذى أجراه أستاذنا الدكتور كمال أبو المجد^(١٧) وللكتابات الأجنبية حولها .

ولا شك أن المبادئ التى وضعتها محكمة وارن المتحررة لم تستطع أى من محكمتى بيرجر ورنكوس المتحفظتين العول عنها كثيراً نظراً لقوتها ومثانة حججها وحفاظها قدر الإمكان على حقوق الإنسان، لذا نظن أن المبادئ التى وضعتها محكمة د/ المر فى مصر لا يمكن العول عن الكثير منها لذات الأسباب السالفة.

والحقيقة أن محكمة د. المر هى محكمة مقدمة غير هياية فى حدود مبادئ التقيد الذاتى وما سعت تلك المحكمة إلا لكل خير لمستقبل هذا الشعب ، ولتطويره بلا جدال .

وإذا كانت المحكمة السابقة مباشرة على محكمة د. المر قد أنقذت البلاد من كارثة دستورية وانهيار دستورى لما قضت باستمرار القوانين التى أقرها مجلس الشعب الموضى ببطان تكوينه استناداً لنظرية استمرار الدولة ، فإن محكمة د. المر كانت تسعى دائماً إلى الحفاظ على المبادئ الدستورية والحيلولة دون الانهيار والفوضى قدر الإمكان.

ويحضرنا هنا مثال لحكمها الصادر بدستورية الخصخصة^(١٨) فقد دفع المحكمة لإصدار ذلك الحكم اعتباراً من :

أولهما : نظرى ، وهو أن المحكمة الدستورية لا يجب أن تكون الوسيلة لفرض نظرية اقتصادية معينة ، وذلك اتعاطاً بما حدث لما حاولت المحكمة العليا الأمريكية إبأن عهد الرئيس روزفلت فرض نظرية

الحرية الاقتصادية الأمر الذى أدى للوقوف ضد مشروعات السياسة الجديدة والمواجهة مع روزفلت.

ثانيهما : على ، وهو أن البيئة المحيطة بالحكمة وقت صدور هذا الحكم كانت تفرض على المحكمة القضاء بدستورية الخصخصة ، فلم يكن غائباً عن المحكمة بحال انهيار النظرية الاشتراكية والاتحاد السوفيتي رأسها ، وأن مصر إبان صدور الحكم على وشك الإفلات من عنق الزجاجة الاقتصادى لتتحول فى سنوات قليلة - إن شاء الله - لنمر اقتصادى حقيقى، وهناك مؤشرات تدل على ذلك لا بد أن قضاة المحكمة أدركوها وقت صدور حكمهم بصورة أو بأخرى تتمثل فيما يلى:

١ - قيام البنك الدولى بإصدار شهادته بكفاءة الاقتصاد المصرى وتحقيق الخطة التى أعلنتها الحكومة المصرية لتنفيذ برنامج الإصلاح الاقتصادى - ومن ضمنه الخصخصة - مما أدى إلى إلغاء الشريحة الأخيرة من الدين المصرى الخارجى بمبلغ ٤.٢ مليار دولار أمريكى.

٢ - إعلان مؤسسة التمويل الدولية IFC ضم سوق المال المصرى إلى قائمة أسواق الدول الواعدة وإضافته إلى المؤشر العام للمؤسسة .

٣ - إعلان مؤسسة Standered Poors التقييم الجديد لمخاطر الائتمان المصرى على المدى القصير والطويل متقدما على العديد من الدول التى قطعت شوطا طويلا فى التنمية مثل البرازيل والمكسيك والأرجنتين وتركيا وبولندا وممثلا لتقييم كل من الصين وأثونيسيا .

٤ - قيام مؤسسة التمويل الدولية مؤخرا بضم مجموعة كبيرة من أسهم الشركات المصرية إلى ما يسمى The Investible Index ، ولا يتم ضم أى شركة إلى هذا المؤشر إلا بعد مطابقتها لمعايير معينة أساسية وفنية وسوقية ، وهناك العديد من كبار المؤسسات الاستثمارية العالمية تقصر استثمارتها فى الأسواق الواعدة على الأسهم التى يشملها هذا المؤشر فقط⁽¹⁹⁾.

فما كان من الممكن على المحكمة أن تقضى بعدم دستورية الخصخصة لتقضى على مسيرة الإصلاح الاقتصادى بإيقاف برنامج الخصخصة الناجح لتوسيع نطاق الملكية وإتاحة الفرصة من ثم للقطاع الخاص للقيام بدور فى زيادة الناتج القومى وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، إضافة لما كان سيسببه هذا الحكم - لو كان قد صدر - من مشاكل جمة فيما يتعلق بحقوق الغير على تلك الشركات التى تم خصخصتها ، والتى كان من الصعب إن لم يكن من المستحيل تسويتها .

ويحضرنا مثال آخر لدور المحكمة التطويرى فى المجال الاقتصادى والذى يتخذ جانبا سلبيا أيضا بمعنى أن المحكمة لا تقف ضد التطور ألا وهو حكمها الحديث بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من قانون البنوك والائتمان الصادر بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والتى تخول مجلس إدارة البنك المركزى المصرى، أن يصدر قرارا بعدم توزيع الأرباح التى يحققها أى بنك على المساهمين فيه إذا تبين نقص فى المخصصات واجبة التكوين بسبب أن ذلك القرار إنما يقع فى حدود السياسة النقدية والمصرفية التى ينتهجها البنك المركزى والتى تنوحي حمل البنوك جميعا على أن تكون مراكزها المالية مطابقة لحقيقتها توفيا لاضطرابها اقتصاديا أو ماليا وأن قراره هذا لا يعنى استثنائه بالأرباح التى قرر عدم الاعتراف بتحقيقها وقد قصد من هذه السلطة أن تظل للتنمية الاقتصادية والاجتماعية روافدها وللجهاز المصرفى وسائل رشيدة تكفل تحقيق الأغراض التى يقوم عليها⁽²⁰⁾. هذا ويلاحظ أن مصر لم توقع أى اتفاقيات تلزمها بالسماح للبنوك الأجنبية بالعمل بعيدا عن رقابة البنك المركزى⁽²¹⁾.

ويحضرنا مثال لدور المحكمة التطويري في المجال الاجتماعي والاقتصادي ذو طبيعة إيجابية بمعنى أن المحكمة هي التي تدفع نحو التطور ، وهو قضاء المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية (22) من المادة (٢٦) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمتعلق بامتداد عقود الإيجار للورثة والشركاء بالنسبة للمحال التجارية حتى لا تتحول المسألة إلى وراثته أبدية ، الأمر الذي دفع الحكومة لاسرعة تقديم مشروع قانون لمراعاة التوازن بين الملاك والمستأجرين ، ولولا حكم المحكمة المذكورة وغيره في مجال الإيجارات (23) لظلت العلاقات الإيجارية على حالها المعيب ولظلت ظاهرة خلو الرجل قائمة وظل الملاك يتقاضون المبالغ عن عقارات بالملايين وهو الأمر الذي يتنافى مع التطور الاقتصادي ، ولولا يقظة المحكمة ومبادرتها بالحكم السالف وما سبق من أحكام تتعلق بالعلاقات الإيجارية لكانت الأراض كما هي في سبات عميق .

وأخيراً فإنه وإن كانت محكمة وأرن تسمى محكمة وارن للحريات فإن هذا اللقب يستحق أن يطلق على محكمة د. المر نظرًا لحفاظها على حقوق الإنسان على اختلافها، ولو كان الزمان قد رجع بهذه المحكمة إلى الوراء في الفترة التي قامت فيها محكمة وارن [١٩٥٣ : ١٩٦٩] لتغير وضع مصرنا الحبيبة حالياً وكانت بالقطع من مصاف دول العالم الأول .

وبعد فهذه الأمثلة وغيرها الكثير ينم عن تفرد وتميز المحكمة وسعيها إلى كل ما هو خير .

المبحث الثاني

بعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية

كما قلنا في المقدمة فإن التجربة الأمريكية عتيقة في العمر والتجربة المصرية حديثة والقاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير لذا وفي ضوء من تقيمنا للتجربة الأمريكية نرى ما يلي :

١ - ضرورة الأخذ بأسلوب المحكمة العليا الأمريكية في إصدار الأحكام الأسلوب الأنجلوسكسوني»

كما رأينا فإن المحكمة العليا الأمريكية والأسلوب الأنجلوساكسوني عامة يسمح للقضاة المعارضين على الحكم بنشر آرائهم ، وقد كان لهذا الأسلوب صدق في ذهن المشرع المصري، إذ كانت لجنة تعديل قانون المرافعات السابق قد وضعت نصا مقتضاه أنه إذا صدر الحكم بأغلبية الآراء جاز للأقلية تكوين رأيها مسبياً في محضر الجلسة ، وأنه يتعين أن ينص في الحكم على ما إذا كان صادراً بالأغلبية أو بالإجماع (24) ، غير أنه لم يقدر لهذا النص أن يصدر إذ رأت لجنة المرافعات حذف هذا النص لأنه لا يتفق مع التشريع المصري ويؤدي إلى التشكيك في سلامة الأحكام وقوتها.

وكما رأينا في الباب التحليلي فإن المحكمة العليا قد تصدر أحكامها بالإجماع والذي قد يكون خالصاً أو مع وجود رأي أو أكثر منضم أو مؤيد والذي يرى صاحبه أسباباً مغايرة غير التي رآها الحكم رغم اتفاقه مع الحكم في النتيجة ، وقد يصدر الحكم بالأغلبية حال وجود رأي محتج أو أكثر يختلف مع الحكم في المنطوق والأسباب وكل هذا يكون منشوراً ومعلوماً للكافة . ولا جدال في أن لهذا النظام المزايا الآتية (25):

أ - الاتساق مع كرامة القضاة واستقلالهم الشخصي ، إذ يحول دون مسئولية القاضي عن أحكام لا يرتضيها أسبابا أو منطقا وأسبابا ، ومن ثم يتمكن القاضي من إبداء رأيه الخاص دون حرج عليه.

ب - الحد على اجتهاد القضاة في تسبيب الأحكام ومنع الاستتار خلف حكم مجهل يصدر عن هيئة المحكمة مما قد يغيري بالتكاسل والتواكل .

ج - إعطاء الرأي العام فكرة صادقة عن حقيقة اتجاهات المحكمة ، ويبرر عدول المحكمة عن سوابقها طالما كانت الأغلبية في الحكم ضئيلة .

وقد يرى البعض أن عيوبها ينطوي عليها هذا النظام تتمثل في أن الرأي العام يفقد الثقة في القضاء كلما استبان له اختلافهم في وجهات النظر ، إلا أن ذلك مربوط عليه بما هو معروف من أن القانون كسائر العلوم الاجتماعية والإنسانية لا يؤدي إلى حقائق ثابتة أو إلى حتمية فهو ليس من العلوم التي يرتبط فيها السبب بالنتيجة كالفيزياء والكيمياء ، فالصحة نسبية دائما في علم القانون وهذا ما أدركه قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ عندما أضاف المشرع إليه المادة (٥٤ مكررا) وذلك بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ لتنص على أنه إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة كل عام قضائي من أحد عشر مستشارا برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه .

ويكشف التاريخ الدستوري القيم للمحكمة العليا الأمريكية عن أن بعض الآراء المحتجة أحيانا كانت أكثر منطقا وأقوى أساسا من رأي أغلبية المحكمة الأمر الذي دفع المحكمة إلى العدول عن سوابقها وتبني الموقف المحتج، ومن ثم فإن الآراء المحتجة مصدر قوة للمحكمة وتراث عظيم للنهل منه استجابة للتغيرات اللازمة في المزاج القومي ومواكبة لسمة التطور⁽²⁶⁾.

والتابع لأحكام المحكمة العليا الأمريكية حاليا يجد مثلا أن القاضية ساندرا دي أوكتر في آرائها المحتجة والموافقة قد تبو أعظم حجة وإقناعا من رأي أغلبية المحكمة ذاته .

وإذا كانت الديمقراطية هي النظام الممكن لاستخدام الأغلبية لقوة الدولة في إنفاذ آرائها مع الاحترام الكامل لوجهة نظر الأقلية والمعبر عنها عبر القنوات الشرعية ، فإنه لا أقل من أن يطبق ذات هذا النهج بالنسبة لمحكمةنا الدستورية العليا .

٢ - جعل سن الخدمة بالمحكمة الدستورية العليا مفتوحا تشبها بالمحكمة العليا الأمريكية

ورب من قائل إن في ذلك مخالفة للدستور ومبدأ المساواة بين المتساوين في المراكز القانونية المتكافئة أي بالمساواة المفترضة بين قضاة المحكمة الدستورية العليا وغيرهم ، إلا أننا نرى أن المركز القانوني غير متكافئ ويظهر عدم التكافؤ في آثار الأحكام ، فحكم المحكمة الدستورية عيني ويمتد إلى الكافة، ولا شك أن تعديل طريقة تعيين قضاة المحكمة على النحو الذي اقترحنه سلفا سيساهم في تحضيد تميز المركز القانوني لقضاة المحكمة الدستورية العليا عن غيرهم⁽²⁷⁾ ، ومن أجله إزالة أي شبهة نرى تعديل الدستور للنص على ذلك .

٣ - يوصى بتعيين امرأة كقاضية بالمحكمة الدستورية العليا

فإذا كان القضاء الدستوري قضاء سياسيا ، فيجب أن يراعى فيه تمثيل المرأة التي هي نصف المجتمع ، إذ لا جدال في أن وجود المرأة وسط زملائها داخل المحكمة سينير الطريق أمام المحكمة ، للبت في العديد من الأمور التي تهم المرأة ككل .

ولا ينال مما تقدم الادعاء بأن الشريعة الإسلامية تحظر ولاية القضاء على المرأة ، إذ إن ذلك غير ثابت بنص قطعي بالقرآن والسنة ، بل إن الثابت أن عمر بن الخطاب ولي امرأة تدعى « الشفاء » (28) قضاء السوق .

وعلى سبيل الفرض الجدلي بأن التعيين يخالف الشريعة الإسلامية ، فإن قانون المحكمة الدستورية العليا ينص على التعيين بصفة عامة دون تخصيص سابق على التعديل الدستوري للمادة الثانية سنة ١٩٨٠ .

ويمكن في ظل الوضع الحالي الذي تغيب فيه المرأة عن أن تكون قاضية بالقضاء العادي أو الإداري اختيار امرأة كقاضية من الهيئتين القضائيتين الأخرتين اللتين تسمحان بذلك وهما هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية ، كما يمكن تعيينهما من فئة المحامين أو أساتذة الجامعات .

والحقيقة أن التجربة الأمريكية قد أثبتت تماما نجاح المرأة كقاضية بالمحكمة العليا ، وكما أسلفنا فإن ساندر دى أوكتر أول قاضية تعين بالمحكمة فاقت في كفاءتها زملاها من الرجال وكثيرا ما تبنت المحكمة العليا الأمريكية لاحقا آراها المحتجة .

٤ - الأخذ بفكرة مذكرات الصداقة الموجودة بالولايات المتحدة

القضاء الدستوري ملزم لكافة الجهات بالدولة بما له من حجية مطلقة بعكس سائر المحاكم الأخرى التي يكون حكمها ذا حجية نسبية .

وما دام حكم المحكمة الدستورية العليا على هذا القدر الجلل من الأهمية ، فمن ثم لا بد من تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بما يسمح لأي شخص طبيعي أو معنوي أو جهة ما من الجهات أن تتقدم بمذكرة رسمية في الدعوى لتوضيح الرأي القانوني في دستورية النص ، والمصلحة متوافرة للجميع في إظهار ما إذا كان نص في قانون أو لائحة قد أصابه عوار دستوري من عدمه .

وإذا كان أساس رفض الرقابة السياسية هي أنها رقابة في الفراغ ، بينما الرقابة القضائية رقابة في الموضوع تكون بعد تطبيق النص وإظهار عيوبه ، فإن السماح بتقديم هذه المذكرات يساعد على إظهار عرى الحقيقة الكامنة في النص المطعون عليه من حيث مدى مطابقته للدستور .

الفصل الثالث

التوصيات الختامية

التوصية الرئيسية

يوصى بالاهتمام بتدريب القضاة من الناحية الدستورية سواء كانوا من قضاة القضاء العادى أو الإدارى ، إذ الاهتمام حينئذ بتلك العورات الدستورية سوف يؤدي لمزيد من الوعى الدستوري لدى القضاة، والذي نحن فى أوج الاحتياج إليه للحفاظ على دستورنا.

وكذلك يجب الاهتمام بالقدرة الدستورية للقضاة عند التفتيش الفنى على أعمالهم.

ويلاحظ أن الإحالة من محكمة الموضوع - والتي هى إحدى الوسائل الثلاث للوصول بالدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا- قليلة الحدوث، وإن حدث فإنه يحدث كثيراً أن يكون تقدير محكمة الموضوع لدستورية نص ما غير صحيح طبقاً لما تنتهى إليه المحكمة لدستورية العليا .

وطريقة الإحالة هذه تعد فى تقديرنا أهم من طريق الدفع نظراً لأن الوعى الدستوري لدى المتخصصين لا يتصور أن يرتقى إلى الوعى الدستوري للقاضى صاحب الخبرة والولاية، والذي كلما زاد وتدعم تمكن القضاة من تحقيق درجة كبيرة من النجاح فى تصفية النصوص غير الدستورية بإحالتها إلى المحكمة الدستورية من تلقاء ذات المحكمة أو على الأقل بقبول الدفع المقدم بشأنها.

ومن الغريب أن هناك نصوصاً مقطوعاً فى عدم دستورتيتها ورغم ذلك لا زال معمولاً بها حتى تاريخه ولا تزال المحاكم تطبقها، ومثال ذلك قصر حق الانتخاب والترشيح وفقاً لأحكام القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ بشأن الغرف التجارية [م ٥ و م ٧ منه] على التجار المصريين من الذكور دون الإناث وهو الأمر الذى يخالف مبدأ المساواة الذى أقرته المحكمة الدستورية العليا وكذا الحماية القانونية المتكافئة لنوى المراكز المتماثلة .

- وتدريب القضاة دستورياً مهم إضافة لما سلف ، بالنظر لأن هؤلاء القضاة سواء كانوا بالقضاء

العادى أو الإدارى ، وسواء كانوا بالقسم القضائى أو بقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أو بأى جهة أخرى ذات اختصاص قضائى، يقومون جميعا بدور مهم فى تفسير النصوص القانونية لتطبيقها حقا وصدقا على ما يعرض عليهم، فإذا كان الفكر الدستورى فى ذهن القاضى وهو يقوم بمهامه فإنه لا غرو سيميل إلى التفسير الأقرب إلى المبادئ الدستورية ويهجر التفسير الذى يخالفها أو لا يتلأم معها.

وبحضرنا هنا مثال عملى يتمثل فى أنه عرض على الجمعية⁽²⁹⁾ العمومية لقسمى الفتوى والتشريع طلب وزير المالية بالاستقتسار عن مدى جواز خضوع العمولة التى تدفعها شركة مصرية إلى وكيلها «شركة أجنبية مقيمة بالولايات المتحدة الأمريكية» للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية فى مصر حيث يوجد رأيان فى هذا الأمر .

أولهما : يذهب إلى خضوع العمولة للضريبة تأسيسا على ما يلى :

١ - إن المشرع فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ - الذى أبرمت اتفاقية تجنب الازواج الضريبى بين كل من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية فى ظل العمل بأحكامه - وكذلك القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (الحالى) قضى بسريان ضريبة الأرباح التجارية والصناعية على كل مبلغ يدفع على سبيل العمولة لأى شخص طبيعى أو معنوى ولو كان عن عمل عارض لا يتصل بمباشرة مهنته ، وقد جاء حكم المادتين (٣٢ مكرر)⁽³⁰⁾ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ و (٢/١٥) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ مطلقا وشاملا كافة العمولات التى تدفع فى مصر سواء كان العمل الذى استحق عنه العمولة قد أدى داخل مصر أم خارجها ومما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادتين ٦٠ مكرر ، ٤٤ من القانونين المذكورين من التزام الجهات المنصوص عليها فيها بخصم نسبة من العمولة التى تدفعها لأى شخص من أشخاص القطاع الخاص تحت حساب الضريبة .

٢ - إن الاتفاقية المذكورة لم تتضمن حكما يقضى بإعفاء العمولة التى يحصل عليها الوكيل المقيم فى إحدى الدولتين المتعاقدين عن عملية أو عمليات تجارية لحساب أحد المواطنين أو المقيمين بالدولة الأخرى من الضريبة المفروضة على تلك العمولة بهذه الدولة [الأخرى] .

ثانيهما : يذهب إلى عدم خضوع العمولة المشار إليها للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وذلك تأسيسا على ما يلى :

١ - إن مستحق العمولة عبارة عن شركة أجنبية أمريكية لا تخضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية إلا إذا باشرت نشاطا تجاريا أو صناعيا فى مصر ولما كان نشاطها بصفتها وكيل بالعمولة تم فى أمريكا ، فمن ثم فهو يخضع للتشريع الضريبى الأمريكى ولا وجه لإخضاعه للضرائب المصرية منعاً من الازواج الضريبى .

٢ - إن ما ورد بالحجة الأولى للرأى الأول غير صحيح لأن أحكام القانونين ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فيما يتعلق بالوكالة بالعمولة تتعلق بالنشاط الذى يتم فى مصر .

وعندما يفكر القاضى فى هذا الأمر سيجد أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبى التى يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية ولون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدنى أو بالقانون التجارى أو غيرهما من فروع القانون الخاص.

أما المراكز الخاضعة للقانون العام « كما هو مركز الشركة الأمريكية محل الأمر » فهي لا تثير تنازعا بين القوانين وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان وينطبق ذلك القول على القانون المالى بوصفه فرعاً من فروع القانون العام إذ يتصدى القاضى لمركز قانونى معين ليحدد مدى خضوعه لأحكام الضريبة فى مصر ، فإذا كان خاضعاً لها فإن القانون المالى المصرى ينطبق أما إذا لم يكن خاضعاً لولاية القانون المصرى فإن القاضى لا يملك أن يبين قانون الدولة صاحبة الولاية فى تحصيل الضريبة ، وبعبارة أخرى (31) فإن مهمة القاضى هى تحديد نطاق تطبيق القانون المالى المصرى من حيث المكان ولكن المسألة التى يواجهها لا تثير تنازعا بين القوانين أى أن بحثه لن يؤدى بحال إلى تطبيق قانون أجنبى على النزاع .

وإذا كان المشرع المصرى قد وضع الشريعة العامة فى تنازع القوانين من حيث المكان فى القانون المدنى فى المواد من (١٠) إلى (٢٨) فإنه لا مجال لانطباقها فى المنازعات الضريبية بالنظر لأن دور القاضى حينئذ سيكون هو تحديد نطاق تطبيق القانون المالى المصرى على النزاع من حيث المكان .

والقاعدة أن القانون الضريبى ينطبق على إقليم الدولة ولا يتعداه إلى أقاليم الدول الأخرى .

وعلى ذلك فالقاضى صاحب الفكر الدستورى سيتخير يقينا الرأى الثانى بحسبان أنه يجب تأويل النصوص القانونية (32) بما يتفق وحكم الدستور كلما أمكن ذلك ، إذ إن مبدأ إقليمية الضريبة غداً مبدأً دستورياً فى فرض الضرائب مستقر فى الضمير الإنسانى والعالمى بحيث لا يجوز لدولة أن تتجاوز تخوم حدودها الإقليمية لتفرض الضريبة على أنشطة بدأت دورتها خارجها واكتملت ، إذ يعد الأمر حينئذ مجرد تنمية لموارد الدولة من خلال ضريبة تفتقر لأسسها ولا يجب أن تكون هذه الجباية هدفاً يحميه الدستور ، ومن ثم لا يجوز للدولة تعقب دخول لم تتم على أرضها وليس لها علاقة بها .

ووحضرنا مثال عملى آخر يوضح المعنى إذ استفسر السيد / وزير المالية من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (33) عن مدى جواز إصدار وزارة المالية لخطابات ضمان للهيئات والمؤسسات العامة فيما تعقده من قروض داخلية لتمويل مشروعاتها المدرجة فى الخطة قبل عرض عقد القرض على مجلس الشعب ، حيث وجد رأى يرى أن موافقة مجلس الشعب على المشروعات المدرجة بالخطة تطبيقاً لنص المادة (١١٤) من دستور سنة ١٩٧١ يعد موافقة ضمنية على عقود القروض التى تمول هذه المشروعات بما يقضى عن إعادة عرض عقد القرض ذاته على مجلس الشعب ، ومن ثم يحق لوزارة المالية ضمان تلك القروض .

والقاضى صاحب الفكر الدستورى سيدرك لا محالة عدم صحة الرأى المذكور ، إذ الأصل فى نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، وهى باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين احترامها والعمل بموجبها باعتبارها أسس القواعد الأمرة ، وأحقها بالنزول على أحكامها ، وأن الدستور قد اختص السلطة التشريعية بسن القوانين وفقاً لأحكامه ، فنص فى المادة (٨٦) منه على أن يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وذلك كله على الوجه المبين بالدستور ، وتطبيقاً لذلك حظر الدستور فى المادة (١٢١) (34) منه على السلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب ، ومفاد هذا النص حسبما ذهب إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (35)

أن المشرع الدستوري حظر على السلطة التنفيذية إبرام عقد قرض يرتب التزامات مالية لاحقة أو يسد في خلال ذات السنة كما حظر الارتباط بمشروع يرتب ذات الأثر إلا بعد الحصول على موافقة مجلس الشعب، وذلك بقصد تحقيق مبدأ رقابة السلطة التشريعية على موارد الدولة ومصروفاتها، كما أن ارتباط الحكومة بقرض أو مشروع دون موافقة مجلس الشعب سيؤدي إلى إجباره على إدراج الاعتمادات اللازمة للتنفيذ في ميزانيات السنوات المقبلة إن كان العقد أو الارتباط يستلزم إنفاق مبالغ في سنوات لاحقة فتحرم بذلك السلطة التشريعية من حقها في مناقشة اعتماده في الميزانية ومن حقها في قبول الالتزام بالقرض أو المشروع أو رفضه أو تعديله، ومن ثم يتعين عرض عقود القروض التي تبرم لتنفيذ المشروعات المدرجة بالخطة رغم موافقة مجلس الشعب عليها وعلى تكاليفها الإجمالية باعتبار أن رقابة المجلس لاتنصب فقط على التمويل الإجمالي للمشروع وإنما تمتد لتشمل طرق التمويل وشخص المقرض وطرق الدفع وتكاليف خدمة القرض وغير ذلك من الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة بموجب نصوص القرض يستوى في ذلك أن يكون القرض داخليا أو خارجيا أو دوليا.

وما من شك أن التفسير الأنف لنص المادتين ١١٤ ، ١٢١ من الدستور يحقق تكامل الأطراف وتضافر المعاني لتصين دستوريين لهما هدف واحد هو تحقيق الرقابة التشريعية على الأعمال التنفيذية ، ولو كان نص المادة (١١٤) يفنى عن نص المادة (١٢١) لعد ذلك لغوا يجب تنزيه المشرع الدستوري عنه.

ومن حيث إن القرار الجمهوري رقم ١١٥ لسنة ١٩٦٨⁽³⁶⁾ أذن لوزير الخزانة - المالية - في ضمان الهيئات والمؤسسات العامة فيما تحصل عليه من قروض بالشروط والأوضاع التي يحددها بقرار منه.

ولما كان الضمان هو نوع من الكفالة الذي يختلف في أركانه عن عقد القرض فمن ثم فإن الضمان لايجب عرضه على المجلس ويبقى الأمر في ملاءمة تقريره قبل عرض عقد القرض على المجلس أم بعده.

ورب من قائل أنه من الأفضل أن يكون سابقا على العرض على المجلس إذ يعد دالا على أهمية القرض المضمون ولزوميته الأمر الذي يكشف عرى الحقيقة أمام مجلس الشعب صاحب الاختصاص النهائي في الموافقة على القرض من عدمه، ولأنه إن صار الضمان لاحقا بات لاتقدير فيه.

ولا يجوز الاحتجاج هنا أن متطلبات الحفاظ على قيمة النص الدستوري الواردة بالمادة (١٢١) تقتضي أن عقد القرض المضمون لا يتكامل وجوده إلا بموافقة مجلس الشعب وقبل تلك الموافقة يصير مشروعا لا يجوز ضمانه لانعدام المحل، إذ يسمح القانون المدني في المادة [٧٧٨] منه بكفالة الدين الشرطي ، وأمام قوة هذه الحجج يدرك القاضي صاحب الفكر الدستوري أن المجال ليس مجال مشروعية وإنما ملاءمة دستورية ليس أكثر ، فتأييد الضمان اللاحق فيه سد للذرائع لما لوحظ في الواقع العملي من تنفيذ عقود القرض بمجرد ضمان وزارة المالية دون انتظار لموافقة المجلس على عقد القرض ، الأمر الذي يجبر المجلس على الموافقة استجابة للضرورة ويفرغ الرقابة من المقصود منها لتصبح مجرد رقابة شكلية ، الأمر الذي يجعل نص المادة (١٢١) من الدستور عديم القيمة .

وإذا كان قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٥ لسنة ١٩٦٨ سالف الذكر يخول وزير المالية الضمان وفقا للشروط التي يضعها فإن الإفتاء هنا وحفاظا على النص الدستوري هو أن يكون الضمان لاحقا لموافقة مجلس الشعب على القرض، فإن كان سابقا على ذلك فيجب أن ينص فيه صراحة على جعله معلقا على موافقة المجلس ، بحيث لايجوز الصرف إطلاقا إلا بتحقيق تلك الموافقة . وهكذا ينفذ

(٣٦٠)

القاضي صاحب الفكر الدستوري إلى ما وراء الكواليس بهدف حماية النصوص الدستورية بقدر ما يملكه من طاقة إذ في الواقعة السالفة لو كان الضمان السابق لا يؤدي إلى الصرف من القرض لما أثّرت مشكلة حوله استدعت العرض على الجمعية العمومية.

ويحضرنا أخيرا مثال ثالث يؤكد المعنى أيضا وهو أن السيد وزير المالية تسأل (37) عن سعر صرف الجنيه المصري الذي يعتد به للعلامات الأجنبية التي يحققها الممول قبل ١٠ / ٧ / ١٩٨٥ عند حساب الضريبة المستحقة عليه، حيث كانت الجمعية العمومية قد انتهت بجلستها المنعقدة في ١٧ / ١١ / ١٩٩١ إلى أن أداء الضرائب بجميع أنواعها يكون بالعملة الوطنية ويعتد في ذلك بالسعر الرسمي المعلن من البنك المركزي لدى توافر الواقعة المنشئة للضريبة طبقا للقانون.

ورأى سيادته أن الإفتاء السابق لا تبدو صعبة في تطبيقه اعتبارا من ١٠/٥/١٩٨٧ وهو تاريخ صدور قرار إنشاء السوق المصرفية، أما قبل هذا التاريخ فقد كان يتوفر فرق كبير بين سعر صرف العملات الأجنبية بالجنيه المصري والعكس الذي يعلنه البنك المركزي وبين سعر هذا الصرف في السوق الحرة خارج النطاق المشروع قانونا، وتساءل عما إذا كان يمكن حينئذ المحاسبة على أساس من السوق الأخيرة. وهنا على القاضي المتمرس دستوريا والقارئ لأحكام المحكمة الدستورية العليا أن يسترجع ما قرره المحكمة حول افتراض البراءة والذي يقوم على الفطرة التي جبل الإنسان عليها إذ ولد حرا مبرءا من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض المحكمة الجنائية بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبته إليه في كل ركن من أركانها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعه إذ كان مطلبا فيها، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة التي يستند إليها مفهوم المحاكمة الجنائية المنصفة التي كفلها الدستور (38).

وعلى القاضي أن يطبق ما سلف على الوقائع، دون أن ينال من ذلك أن المبادئ المذكورة تتعلق بالمجال الجنائي ونحن في مجال ضريبي إذ إن الحال موصولة بينهما، وعليه تصلح تلك المبادئ للتطبيق بالنظر لأن حساب الأرباح على أساس افتراض التعامل بالسوق غير المشروعة المشهورة باسم « السوق السوداء » يمكن أن يؤدي إلى اتهام الممول جنائيا بالتهرب الضريبي منها .

وعلى ذلك لا يصح حساب أرباح المنشأة أو الممول ضريبيا على أساس من افتراض التعامل في السوق غير المشروعة لأن هذا الافتراض يخالف فطرة الله في خلقه التي جبلهم عليها وهو أنهم ولدوا مبرعين من كل إثم.

وما أربنا نكره من هذه الأمثلة العملية المطولة - التي صادفتنا (39) - أن نثبت أن الاهتمام بتدريب القضاة دستوريا من أهم الأمور، ونور القضاة خارج المحكمة الدستورية العليا في الحفاظ على المبادئ الدستورية التي قررتها تلك المحكمة في إطار من فهمها وضمها من قبلهم غير منكور، وأن تفسير النصوص وتوئيلها بما يتفق مع صحيح حكم الدستور يجب أن يكون هو الواجب المفترض في كل قاض، وأن على هؤلاء القضاة ليس فحسب العمل على تدعيم المشروعية الدستورية ولكن العمل على ما هو أدنى من ذلك قليلا ألا وهو الحفاظ على الملازمة الدستورية فيما يعرض عليهم، بحيث يكون الرأي المتبنى يوما مع تدعيم وتعزيد النص الدستوري حتى ولو كان الرأي المخالف لا مخالفة دستورية فيه، أما إذا تكشف للقاضي عدم إمكانية تأويل النص بما يتفق وصحيح الدستور فإن عليه واجب إحالته من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا (40) أو - أضعف الإيمان - قبول الدفع

بعدم الدستورية المقدم من أحد الخصوم فى الدعوى.

٢ - إذا كانت القاعدة أن كل إثناء ينضج بما فيه ، وإذا كان دور القاضى خارج المحكمة الدستورية غير منكر . وعلى نحو ما ذكر فى التوصية الأولى.

ولما كان طلبة كلية الحقوق هم فى حقيقتهم قضاة الغد ، فإنه حتى يمكن الوصول إلى قضاء أصحاب فكر دستورى فإنه يجب الاهتمام بمادة القانون الدستورى وإحداث ثورة فى تدريسها بمصر ، وقد كان شائعا وقت أن كان الباحث طالبا بكلية الحقوق أن القانون الدستورى هو مادة تدرس فى السنة الأولى وينتهى علاقة الطالب بها مدى حياته بعد ذلك ، لذا يجب العمل على جعل مادة القضاء الدستورى هى المادة التى يختم بها الطالب حياته الدراسية بالسنة الرابعة وذلك بعد أن يكون قد نضج نسيبيا واستوى على سوقه.

ولما كان القضاء الدستورى يعتمد على المفاهيم المستقرة فى الضمير الإنسانى لتفسير وتطبيق المبادئ الدستورية ، فإن تدريس أحكام المحكمة العليا الأمريكية ضمن مادة القضاء الدستورى إضافة لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ليس ترفا عظيما أو سرفا زائدا وإنما هو أمر يستلزمه الدور العظيم للمحكمة الأمريكية فى إرساء المبادئ الدستورية والتى يصلح جزء كبير منها للتطبيق فى نول أخرى ، فالاسترشاد بالمبادئ التى أرستها هذه المحكمة وبتجاربها وعثراتها أمر عظيم الفائدة خاصة وأن تلك المحكمة هى أعق المحاكم الدستورية الباقية على قيد الحياة فى البسيطة .

وندعوه القانون العام إلى مزيد من التركيز على القضاء الدستورى ، فالقضاء الدستورى - قياسا على سوق المال المصرى إن جاز ذلك القياس - هو سوق صاعد واعد والاستثمار الفقهى فيه شديد الربحية ، ومن العجب أن جل تركيز فقه القانون العام هو على القضاء والقانون الإداريين رغم استقرار مبادئهما كتلك المتعلقة بالموظف العام والرفق العام والتى قطت بحثا ، ولا يجب أن نترك العبء كله على عاتق محكمتنا الدستورية إذ لا زال مطلوب دور الفقه فى تحليل وتقييم القضاء الدستورى والمساهمة فى تطويره .

٣ - تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى فى المسائل المنصوص عليها فى المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٢ ومن ضمن هذه المسائل ما نصت عليه الفقرة (د) وهى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الوزارات أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين.

وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بأن مؤدى نص المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أن المشرع لم يسبغ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية القضاء فى المنازعات التى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ، إنما عهد إليها بمهمة الإفتاء فيها بإبداء الرأى مسبب على ما يفصح عنه صدر النص ، ولا يؤثر فى ذلك ما أضفاه المشرع على رأبها من صفة الإلزام للجانبين لأن هذا الرأى الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة (٦٦) المشار إليه إلى مرتبة الأحكام ، ذلك أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى لمجلس الدولة ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التى رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات التقاضى وضماناته كما

لا يحوز الرأي الذي تقدمه بشأنها حجية الأمر المقضي⁽⁴¹⁾. ولما كانت هيئة الجمعية الموقرة تتشكل وفقاً لنص المادة ٦٥ من قانون مجلس الدولة من نواب رئيس المجلس لقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري التشريع ورؤساء إدارات الفتوى برئاسة النائب الأول لرئيس مجلس الدولة.

ولما كان هذا التشكيل قويا مهيب الشأن ، الأمر الذي يدفعنا إلى المطالبة بتعديل قانون مجلس الدولة بما يجعلها محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي على الأقل، بالنص على ما يؤدي إلى توافر سمات القضاء وضماناته أمامها ، إذ يحزن المرء وقد كثر عرض تقاريره عليها ومتابعته لفتاواها القيمة - أن يجد هذا التشكيل المهيب وهو يفصل في نزاع ما استنادا لنص المادة ٦٦ د/ المذكورة عاجزا عن إحالة ما يراه من نصوص غير دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، ولا يستطيع أن يقبل دفوعا بعدم الدستورية ، وتضطر الهيئة الموقرة أحيانا إلى الفصل برأى ملزم في نزاعات حقيقية وليست أكاديمية أو متوهمة أو ظنية ، استنادا إلى قانون أو لائحة، يعلم يقينا أعضاء الهيئة الموقرة بعدم دستوريته أعلى الأقل يشكون في هذا الأمر. ولو مكنت الجمعية العمومية مما تمكن منه المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي على النحو السالف لعد ذلك إضافة ذات شأن جليل للفكر الدستوري ، ولا يعقل أن يكون سلطة الجمعية من الناحية الدستورية أقل من أقل محكمة في أصغر مركز من المراكز.

والحقيقة المؤكدة هو أن تقدير ما يربو على ثلاثين مستشارا من خيرة رجال مجلس الدولة حول دستورية نص ما سيكون في أغلب الأحوال متققا وصحيح حكم الدستور ، وممكنا المحكمة الدستورية العليا من مباشرة ولايتها الدستورية على أكبر عدد ممكن من النصوص المشكوك في دستورتها.

وهكذا تتواصل الجهود وتتضافر المعاني.

٤ - إنشاء شرطة خاصة بالمحكمة الدستورية العليا تدين بالولاء والتبعية لها وليس لوزارة الداخلية تدخل نفقاتها في موازنة المحكمة ، ويتولى هذا الجهاز متابعة تنفيذ الفوري لأحكام المحكمة الدستورية، ومخاطبة الجهات المسئولة لتحقيق ذلك وتقديم كافة العوائق .

٥ - جعل مشروع موازنة المحكمة ملزما للمجلس التشريعي ، ولا نظن على الإطلاق أن الجمعية العامة للمحكمة والتي تقر مشروع الموازنة الذي يعده رئيسها سوف تسرف في استخدام هذه السلطة ، ونرى أن هذا الأمر يحتاج إلى تعديل دستوري.

ونرى أن القاضي عامة الذي يجلس للقضاء خالي الذهن من المشكلات المادية سوف يتمكن من القضاء العادل بون أن يشغله أي شاغل .

وبمقارنة دخول القضاة في أمريكا وإنجلترا بنظيرها في مصر سوف نجد أن البون شاسع، فريش المحكمة العليا الأمريكية وقضااتها لا يقل راتبهم كثيراً عن راتب الرئيس الأمريكي، لذلك وجدنا - سلفاً - أنه لا رغبة لهم ولا طموح في مناصب أخرى .

٦ - تجهيز المحكمة بأحدث المعدات وشبكات الاتصال حتى يمكن توصيلها بالمحاكم الدستورية المختلفة في أنحاء العالم، مع توفير أقسام ترجمة للأحكام وشراء برامج ترجمة فورية ، بحيث لا يعتمد في هذا الشأن على المجهود الذاتي للقاضي الدستوري وإجادته للغات ، إذ ما أحوج القاضي الدستوري إلى الاطلاع على الأحكام الدستورية في شتى أنحاء العالم، وخاصة المحاكم الدستورية ذات الثقل وعلى رأسها المحكمة العليا الأمريكية والمحاكم الدستورية في ألمانيا وإيطاليا والنمسا، ولا

يتصور بالطبع أن يجيد القاضى كل هذه اللغات .

ويجب تشجيع وتضخيد الاحتكاك المستمر بين قضاة مصر الدستوريين وأقرانهم فى أنحاء المعمورة ، لما هو معروف من أن المبادئ الدستورية ذات مضمون عالمى بمعنى أن تفسيرها يكون فى إطار مما استقرت عليه الجماعة الولائية والضمير الإنسانى والعالمى ، وفى إطار ما أخذت به المواثيق الولائية، إذ يوجد ما يسمى بهجرة المبادئ الدستورية ، ولا عجب أن توجد مبادئ شديدة التقارب بين محكمتين دستوريتين فى دولتين متباعدتين تماما .

٧ - أن يكون عدول المحكمة عن سوابقها بصورة صريحة وليس بصورة ضمنية تعضيدا للثقة فى أعمال المحكمة، فقد لاحظنا مثلا أن المحكمة عدلت عن مفهوم التصدى القديم إلى مفهوم حديث هو الأصح والأدق⁽⁴²⁾ لكون أن تشير لذلك صراحة . والعدول الصريح عن السوابق فى تقديرنا هو دليل صحى على تطور المبادئ الدستورية بحسبانها فى معظمها ذات معان مفتوحة غير عصبية على التعديل بما يتناسب وتطور البشرية .

٨ - تشجيع ما درجت عليه محكمتنا الدستورية من الإسهاب فى شرح أحكامها إذ لذلك دور هام فى تثقيف الشعب دستوريا ، فإذا كانت المحكمة تحمى الدستور فإن الشعب أو بالأدق رأى العام الواعى ، والمتفهم لحقيقة دور المحكمة هو الحامى لها .

ومن ناحية أخرى فإن هذا الأسلوب المسهب فى شرح الأحكام لا يمثل تربية دستورية للشعب فحسب وإنما للقضاة أيضا والمشتغلين فى المجال القانونى بصفة عامة وهذا الدور التربوى يمتد ليشمل قضاة المحكمة أنفسهم .

ويعد مستحسننا أيضا ذكر الأصول الإنجليزية أو الفرنسية أو اللاتينية للمبادئ التى تفرضها المحكمة ، إذ إن المحكمة يتربص بها أعداؤها ومن السهل الوشاية بها والادعاء بأنها تختلق من عندياتها مبادئ لا أساس لها فى الفكر القانونى .

فإذا ذكر الأصل الأجنبى للمبدأ ثبت منه أنه مستقر عالميا، ومن الصعب عندئذ الادعاء بأن المحكمة تتجاوز حدود دورها أو أنها أصبحت - بإبطالها للقوانين - مجلسا تشريعيا ثانيا لم ينتخبه الشعب .

٩ - الإبقاء على فكرة الأثر الرجعى باعتبارها - وللأسباب التى أسلفناها - الأقرب إلى العدالة، ونبذ أى فكرة بديلة فى هذا الشأن كفكرة الأثر الفورى للحكم أو إعطاء المحكمة سلطة تحديد ميعاد تنفيذ الحكم .

ولا يأس فى ظل الوضع الحالى من عرض نص المادة (٤٩ / ٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا على المحكمة ذاتها كمنازعة تفسير استنادا لنص المادة (٢٦) من ذات القانون بحسبان أن هذا النص أثار خلافا فى التطبيق وله من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره ، وأية هذا الخلاف فى التطبيق هو سلسلة الطلبات التى تنهال على إدارات الفتوى بمجلس الدولة من المحافظات والجهات العامة للاستفسار عن كيفية تطبيق بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا، وميعاد سريان التقادم ، وكيفية التمسك به ومن له الحق فيه ، ونتمنى أن تنتهى المحكمة إلى قضاء فى دعوى التفسير يطابق الفكرة التى اقترحناها سلفا⁽⁴³⁾ .

١٠ - قمنا بعمل بحث لربود فعل المشرع المصرى - العادى واللاحى - للقوانين والقرارات

المقضى بعدم دستوريتهه بالباب التحليلي⁽⁴⁴⁾ من هذه الرسالة فى غير المجال السياسى، حيث تتناول البحث أربعة أحكام خاصة بالمجال الضريبى، وأربعة أحكام خاصة بحق الملكية، وستة أحكام خاصة بمجال العلاقات الإجبارية، وحكمين يتعلقان بالشرعية الإسلامية.

وقد خالصنا من هذا البحث لما يلى :

أ - لم يقم المشرع بمجرد إلغاء القانون أو القرار المقضى بعدم دستوريتهه عدا إصداره القانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٩٦ بإلغاء القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادى وقانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الصادر فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، بعدم دستورية فرض ضريبة على الأرض الفضاء .

ب - لم يقم المشرع بإصدار قانون أو قرار يحاول به تلافى العوار الدستورى الذى ألم بالقانون أو القرار المقضى بعدم دستوريتهه عدا أربع حالات كالتالى :

- إصدار القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين بالخارج ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الصادر فى الدعوى رقم ٤٣ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ١٢ / ٦ / ١٩٩٣ بعدم دستورية القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ .

- إصدار القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قوانين الإجارات ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الرابع المشار إليه سلفا المتعلق بالفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

- إصدار المشرع اللائحة لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء محميات طبيعية فى منطقة غلبة بمحافظة البحر الأحمر ، وكان ذلك استجابة للحكم فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٠ / ١٠ / ١٩٩٤ والمتعلق بالمحميات الطبيعية .

- إصدار المشرع اللائحة القرار الوزارى رقم ١٠٩٤ لسنة ١٩٩٥ بتعديل القرار الوزارى رقم ١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم ، وكان ذلك استجابة للحكم فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٩٥ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم

ويعد هذا القرار الآنف هو الوحيد الذى أشار فى ديباجته إلى حكم المحكمة الدستورية الذى كان سبباً فى إصداره .

وفى إطار نتائج البحث الآنف ومع تقديرنا التام وفهمنا للمستقر من أن المحكمة لا تتدخل فى السياسة التشريعية ولا تلزم المشرع بتشريع معين، نرى أنه من الصالح تعديل اللائحة الداخلية لمجلس الشعب وإنشاء لجنة مستقلة يمكن تسميتها لجنة المحكمة الدستورية العليا تكون مهمتها المتابعة الدقيقة والفهم الشامل لأحكام محكمتنا الموقرة وخاصة تلك القاضية بعدم الدستورية لتوصى بما يلى :

أ - إلغاء الرسمى للقانون المقضى بعدم دستوريتهه إذ لا معنى لاستمرار وجوده بعد إبطاله من قبل المحكمة .

ب - اقتراح مشروع القانون الذى يتلافى العوار الدستورى الذى أُلِمَ بالقانون المفضى بعدم
دستوريته إذ قد تقتضى ظروف الحال عدم الحاجة لإصدار قانون فى هذا الشأن يعيد تنظيم الأمر
كلية .

ج - تضمن ديباجة أى قانون يصدر استناداً لما فى ذكر فى (أ و ب) ما يفيد الاطلاع على
الحكم الصادر من المحكمة الدستورية والسبب للأمر ، وفى هذا إرجاع الفضل لأهله من ناحية، ومن
ناحية أخرى توثيق دور المحكمة وتعضيده فى عين كل من يطلع على القانون .

د - تطبيق المبادئ السامية التى تقررها محكمتنا على القوانين المشابهة ليقوم مجلس الشعب
بالغائها أو إصلاح عوارها حسب الأحوال ، بون انتظار حكم من المحكمة بشأنها إذ قد يستغرق
ذلك الأمر سنين عدداً، وليس من مصلحة استقرار الأوضاع الإبقاء على قانون منتظر القضاء بعدم
دستوريته مستقبلاً والأمر كله مرده إلى الوقت والظروف .

ونرى أن هذا الدور الأخير هو أهم أدوار اللجنة المقترحة على الإطلاق .

ولو كان مجلس الشعب يقوم بدوره المقترح فى البند (د) - حقا - ما وجدنا ذلك الكم من
القوانين غير الدستورية والتى لا زال معمولاً بها حتى تاريخه.

ونذكر مثالا لذلك القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ بشأن الغرف التجارية والذى يقصر بمادتيه
الخامسة والسابعة حق الانتخاب والترشيح لتلك الغرف للتجار الذكور بون الإناث .

ومن الطلى أن قانونا هذا حاله يكون مشبوهاً بالبداهة فى دستوريته من واجهته .

ونرى أن ما قضت به المحكمة بحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق بعدم دستورية
المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ من ألا تزيد على مدة معينة مدة
الإجازة السنوية التى يجوز أن يضمها العامل ولو كان الجرمان من هذه الإجازة فيما جاوز من
رصيدها هذا الحد الأقصى عائداً إلى رب العمل، يقتضى من المشرع والحال كذلك توحيد الأمر
وتعديل ما ماثل النص الآن فى القانونين رقمى ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين بالدولة و ٤٨
لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين بالقطاع العام .

والأمر واضح بحيث لا يجب التخاذل فيه .

١١ - إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد انتهت إلى اقتصار ولايتها على الأحكام الشرعية
القطعية - ثبوتاً ودلالة ، لمراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، أما الأحكام
الظنية فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى
إطار الأصول الكلية للشرعية ، لكفالة صون المقاصد العامة لها ، فإننا نرى أنه فى إطار تلك المهمة
التي قيدت المحكمة نفسها بها، فإن الأمر يحتاج إلى الاستعانة برأى رجال الدين ، لذا نقترح تعديل
قانون المحكمة الدستورية العليا بحيث يجب أخذ رأى المفتى فى كل طعن جدى من وجهة نظر المحكمة
الدستورية العليا يتعلق بمخالفة نص ما للشرعية الإسلامية تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور بعد
تعديلها سنة ١٩٨٠. وإذا كان قانون الإجراءات الجنائية يلزم أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالإعدام
فإننا نعتقد أن إعدام مجرم فى جريمة ما ليس بأبلغ شأنًا ولا أعظم أثراً من إبطال نص ما .

ويعد فإن الذى دفعنا إلى تقديم الاقتراحات المتعلقة بتقوية المحكمة إنما مرده إلى أن مصرنا

الحبيبة تنتمي لدول العالم الثالث ، ويكاد يكون من الصعب السيطرة على النظام الانتخابى بما يؤدى لتمثيل صحيح للسلطة التشريعية يعبر حقا عن الإرادة الشعبية .

وعلى ذلك فمن غير المتصور إلا أن يكون المجلس التشريعى أداة طيعة فى يد السلطة التنفيذية التى تشكل من الحزب الحاكم.

وما دامت أحزاب المعارضة ليست ذات شأن داخل المجلس التشريعى فليس من المتصور أن يكون لها دور فى التشريع ، وإن كانت - حقا - قد ساهمت فى بعض الأحيان فى إحداث قضايا دستورية هامة .

فإذا صار الأمر على ذلك النحو فلا يمكن أن تجعل المحكمة الدستورية العليا تتصدى للقوانين غير الدستورية التى هى فى أكثرها ناجمة عن فكر وتأثير السلطة التنفيذية ، دون أن نقوى هذه المحكمة قدر الإمكان لتحقيق التوازن المطلوب.

وتقوية المحكمة وتوفير كافة الإمكانيات لها ليس مستغربا بل هو موجود فى دول العالم الأول أيضا، وآية ذلك أنه ما يكاد الرئيس الأمريكى ينتخب حتى سرعان ما تنتهى مدة ولايته المقدرة بأربع سنوات ، بينما نجد أن رئيس وقضاة المحكمة العليا هناك مدة خدمتهم مدى الحياة.

كما أن رئيس المحكمة الدستورية الألمانية أصبح يتساوى مع رئيس البرلمان فى التزام الدولة بتوفير طائرة خاصة له فى تنقلاته.

وجريا وراء ذات السياق يقترح⁽⁴⁵⁾ أحد الفقهاء تعديل اختصاص المحكمة الدستورية العليا لتستوعب الطعن فى مدى دستورية الأحكام النهائية والباتة التى تمثل مصدرا من مصادر الشرعية والتى ينادى فى دستوريته، ونحن من جانبنا لا نملك إلا رفض هذا الاقتراح لأنه وأيما كانت الأسباب التى يبنى عليها فإن مؤداه العصف باستقلال القضاء وهدم أركانه إذ يجعل هذا الاقتراح من الأحكام مجرد توصية ويجعل المحكمة مهيمنة على النظام القضائى المصرى خلافا لنص المادة (١٧٥) من الدستور، وقد كان ذلك سببا رئيسيا لسحب مشروع قانون المحكمة المقدم لمجلس الشعب قبل مشروع القانون الحالى والذى انطوى على نص مقارب على النحو الذى ذكرناه سلفا⁽⁴⁶⁾.

ورغم أننا نؤمن بضرورة تقوية المحكمة قدر الإمكان إلا أن ذلك لا يصل بنا أبدا إلى الشطط فى ذلك ، إذ لا بد من تذكر مبادئ التقيد الذاتى وخطأ الاعتقاد فى السيادة القضائية المطلقة للمحكمة أو أن المحكمة هى الدستور ، إذ نظن أن هناك خططا رفيعا يصل الإفراط فى الرقابة بالتفريط فيها يجب التنبيه إليه والتعامل معه بدقة، كما يجب تذكر مبدأ الحوار⁽⁴⁷⁾ الدستورى سالف الإشارة.

هذا واحترام حجية الأحكام القضائية وارد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية ولا يجوز أبداً اقتحامه والإخلال به .

والتقدم الحقيقى لأى نظام دستورى يقاس بقدرة هذا النظام على إصلاح أخطائه وتدارك عثراته من خلال آليات وتركيبات تنظيمية تتولى من داخله إصلاح تلك الأخطاء ، ووجود المحكمة الدستورية العليا عندنا يشكل الضمان الأكبر للالتزام بالمشروع حدود الدستور ولتوفير الضمانات الفعالة فى حماية الحقوق والحريات ، ومن ثم لا ينبغي لأحد أن يضيق بالمحكمة أو ينهل من دورها الدستورى⁽⁴⁸⁾ .

وحتى كتابة هذه السطور لازالت محكمتنا الدستورية تسمو فوق كل الهامات وتنطلق بوقود الحق والعدل وضمير شيوخها الأجلة الذين يزنون الأمور بموازين دقيقة وحساسة للتغيرات الاجتماعية (٣٦٧)

والاقتصادية والسياسية وذلك لواقبة التطلعات نحو الغد المأمول والمستقبل الأفضل على مشارف القرن الواحد والعشرين .

والحكمة مقدامة لا تخشى في الحق لومة لائم دون إفراط أو تفريط رغم أنها أكثر محاكمنا احتكاكا بالسلطة .

وإذا كانت هناك أصوات تسعى للنيل من المحكمة كلما حانت لها الفرصة فإن الله الذي حفظ أرض الكنانة حفظ حامية الكنانة - محكمتنا المبجلة - من كل سوء.

وقد شهدت الساعات الأخيرة من عام ١٩٩٧ هزيمة منكرة لخصوم الديمقراطية حينما رفضت لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب مشروع قانون يستهدف تعديل قانون المحكمة بما يجعل حكمها بعدم الدستورية يمكن التغلب عليه بالأغلبية العادية بالمجلس.

ولا بد أن عين الله الساهرة هي التي حالت دون تمرير هذا المشروع الأثم.

ونأمل أن تفشل مستقبلا كل المحاولات التي تحاول النيل من الدور الدستوري للمحكمة، إذ إن تلك المحاولات في حقيقتها لا تمثل خطأ قانونيا فحسب وإنما كفراً قانونيا - إن جاز هذا التعبير .

هوامش الباب الختامي

- (1) راجع :
Roland Kahn, *The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution*, 1 *Detroit College of Law Review*, 1994, p. 16 . s.
- (2) راجع عرض تفصيلي للنظرية التي نادى بها دال :
Robert Dahl, *Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker*. 6J. P.L. 279-285 (1957).
- (3) راجع في استعراض تفصيلي لانتقادات جيرالد روزنبرج ومارك جرابر ومارتن شايبير
Ronald Kahn, *The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution*, Op. cit, p. 22 . s.
- (4) راجع :
Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791 (1992).
- (5) ونص العبارة حرفيا:
Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code.
- راجع تلك العبارة بالمرجع السابق، ص ٢٨٠٦
(6) ونص عبارته حرفيا والتي وردت في رأيه المؤيد للحكم:
"What has happened today should serve as a model for future Justices and as a warning to all who have tried to turn this Court into yet another political branch"
- راجع تلك العبارة في المرجع السابق، ص ٢٨٤٥ .
(7) من هذه القضايا قضية *Criswold v. Connecticut* والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية القانون الذي يحرم استعمال وسائل منع الحمل بواسطة الأزواج بحسبانه يمثل انتهاكا للمقوق الأساسية للزوجين في الخصوصية . راجع في تفاصيل تلك القضية . 381 U. S. 479 (1965) . كما سبق للمحكمة أن قررت في قضية *Eisenstadt v. Baird* عدم دستورية قانون صادر عن إحدى الولايات يحرم توزيع وسائل منع الحمل على غير المتزوجين إذ وجدت الأغلبية ن هذه المعاملة تغير للزوجين تنتهك فكرة الحماية للتساوية .
- راجع تلك القضية في (1972) 405 U.S. 438 .
- (8) راجع مقالة :
Lockland H. Bloom, Jr. *Taking the People Seriously*, 79 *Cornell L.R.*, 1994, p. 886 - 887 .
- (9) من ضمن أحكام القرن العشرين سلسلة المعنى قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية
Powell v. Alabama, 287 U.S 45 (1932) .
- (10) من ضمن القضايا صعبة الفهم قضية :
Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).
- وقد اعتبرها الفقيه جولد شران في مؤلفه *The Intelligible Constitution* ، مثالا للأحكام المعيبة . راجع ذلك في مقالة
Lockland H. Bloom, Jr. Op.cit, p 887 .
- (11) حرصنا بصدد معظم أحكام المحكمة العليا الواردة بهذه الرسالة على الإشارة بها مشيها إلى كيفية العثور على تلك الأحكام بتلك المجموعة القيمة .
- (12) ومثال ذلك الحكم في قضية فورمان المتطلة بمقوبة الإعدام حيث كتبت آراء القضاة في (٢٣١) صفحة . راجع في ذلك .
Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) .
- (13) راجع مقالة :
Abner J. Mikva, *The Care And Feeding Of The United States Constitution*, 91 *Michigan L.R.*, May 1993, p 1133.s.
- (14) ومثال ذلك أنه في قضية :
Payne v. Tennessee, 111 S. Ct. 2597, 2619 (1991) .
- اتهم القاضي مارشال الصغير الأغلبية بأنها تمارس سلطاتها بلا منطلق وبصورة تدعو إلى المقاومة الجاحدة للسوابق . وفي قضية :
Webster v. Reproductive Health Services . 492 U.S 490 - 537 (1989) or 109 S Ct 3040 (1989)
- هاجم القاضي سكاليا القاضي ساندرا لعم وغبتها في إلغاء سابقة رو. وفي ذات القضية اتهم بلاكمان الأغلبية بعدم الأمانة وسوء النية، وفي قضية:
City of Richmond, 488 U.S 469 (1989) .
- اتهم القاضي مارشال الصغير الأغلبية بأنها بارعة في خداعها .
- (15) براس السيد المستشار الدكتور / عوض المر للحكمة اعتبارا من ١ / ٧ / ١٩٩١ و حتى ١٤ / ٧ / ١٩٩٨ .
- (16) راجع مستشار د/ عادل عمر شريف . المحكمة العليا وتطوير الأداء القضائي ، الأهرام ، ١٦ / ١٧ / ١٩٩٦ .
- (17) راجع بحث د/ كمال أبو الجد . محكمة وزان والحريات العامة . مجلة القانون والاقتصاد . السنة ٤٨ ، العددان الأول

والثاني، ١٩٧١ .

(18) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق دستورية، جلسة ٢ / ٢ / ١٩٩٧ .
(19) راجع في ذلك بحث الأستاذ / محمد ماهر محمد على للقدم بقنوة صناديق الاستثمار في مصر بعنوان تجربة صناديق الاستثمار في مصر ، جامعة الأزهر ، غير منشور .

(20) راجع حكم المحكمة في الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ .
(21) في ذلك مشروع السيد إسماعيل حسن / محافظ البنك المركزي ، الأرقام ٣٣ / ١٢ / ١٩٩٧ .
(22) حكم المحكمة في الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق دستورية، جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٧ .
(23) راجع تحليل أحكام المحكمة للتطلة بالعلاقات الإجارية ص-٧. عموما بعدها من هذه الرسالة .
(24) (راجع د/ أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف سنة ١٩٨٠ ، ص ٧٨ ، ٧٩ ، بند ٣٦ .

(25) راجع د/ وهيب عياد سلامه ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها ، للرجع السابق، ص ٥٠ - ٥٢ .
(26) من ذلك كثير من الآراء المحتجة للقاضي هواز ويرانديز .
(27) راجع في الطريقة المقررة لاشتراك السلطات الثلاث في تشكيل المحكمة ص ١٥٥ - ١٥٨ و ص ١٧٢ من هذه الرسالة .
(28) الإمام أبو حنيفة يميز للمرأة أن تقضى فيما تصح شهادتها فيه كما أن ابن جرير الطبري قد أجاز قضائها في جميع الأحكام ، وهذا يثبت أن المسألة خلافية .

- راجع د/ سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث ، للرجع السابق ص ٤٧٥ ، هامش ص ٤٨٩ .
د/ جمال العليفي، أراء في الشرعية وفي الحرية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠ ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(29) الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، ملف رقم ١٣ / ٩٧٦ .
(30) راجع فتوى اللجنة الثالثة بقسم الفتوى بجلستها المنعقدة في ٤ / ٤ / ٨٨ .
(31) راجع د. فاشل صادق ، تنازع القوانين ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ٢٦ ، ٢٧ .
(32) تطبيق المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ على نفسها يوصف من قبيل القيود الذاتية القضائية فتؤكد أنه على المحكمة الدستورية ، وكشخص أولى لممارستها رقابتها للدستورية - أن تستوفي مما إذا كان مكتنا لتأويل النص التشريعي المطعون عليه، على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته .
راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٤ / ٨ / ١٩٩٤ ، الجزء السادس، ص ٣٢٢ .

(33) راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، ملف رقم ٤٧ / ٢ / ٤١٧ .
(34) ينص الدستور في المادة (١١٤) منه على أنه :

يقر مجلس الشعب الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ويحدد القانون طريقة إعداد الخطة وعرضها على مجلس الشعب .
وينص في المادة ١٢١ منه على أنه :
لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يتربط عليه إنفاق مبالغ من خزنة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب .

(35) راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ١٣ / ٢ / ١٩٨٢/٤/٢٦ ، جلسة ١١ / ١٤ / ٥٤ ، ملف رقم ١١ / ١٤ / ٥٤ جلسة ١٩٨٤/٨/١ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ١٩ ، ص ٦٦٠ ، ٦٦١ .

(36) ينص القرار الجمهوري ١١٥ لسنة ١٩٦٨ في مادته الأولى على أن « يؤذن لوزير الخزانة نيابة عن الحكومة في أن يضمن الهيئات العامة والمؤسسات العامة فيما تحصل عليه من قروض وذلك بالشروط والأوضاع التي يحددها بقرار منه .

(37) راجع ملف الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٧ / ٢ / ٥٤١ .
(38) راجع اقتراض البراءة بالباب الثالث من هذه الرسالة ص ٢٠٩ وما بعدها .

(39) يتشرف الباحث بأنه أعد التقريرين للتعلقين بالمثال الأول والثالث وشارك في إعداد تقرير المثال الثاني ، حيث أخذت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بالرأي الذي رجحه .

(40) أكدت المحكمة الدستورية العليا المعنى الألف عندما قضت بأن ، الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبتها لا تقتضي بها ، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور . وتتبين هذه الشرعية من البديان القانوني في الدولة القمة من مدارجه ، وهي فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة = لفحصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلا قضائيا - وأيا كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتسب إليها - إعمال نص تشريعي لازم الفصل في النزاع المبروض عليها إذا بدا لها مصاحبتها للدستور من وجهة معينة . ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها يلزمها أن تستوفي من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية ، لتقول كلمتها القاطعة فيها ، بما مؤدها أنه كلما بدا لأية جهة أو أولاهما المشرع سلطة الفصل في الخصومة بأكملها أو في بعض جوانبها ، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعي الأدنى والقاعدة الدستورية التي تحتل مرتبة إصدارها بين قواعد النظام العام، معمولا على أسس تظهارة من وجهة معينة غير متعمقة فداخل الطامع الدستورية فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة ، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور ، ولا أن تتيحها جانبيا بل يتعين عليها - ولو كان بحثها منحصرًا في مسائل القانون دون غيرها - إما أن تحيل بنفسها ما أثارته من تعارض بين نص تشريعي وقاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضائها في شأن هذا التعارض قولا فصلا ، وإما أن توفر للفصل الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي ، وكان دفعه جديا ، مكنه عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تحويلها إياه حق رفعها إليها خلال الأجل الذي تحدده .

- راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ٣٤٢ .
ولعل المرء يتساءل عن كيفية إعمال وتطبيق ما نادى به هذا الحكم للقيام إذ كان الفكر الدستوري لدى قاضى الموضوع غير كاف ، وهو الأمر الذى يحيد ويدعو إلى ضرورة العمل على تطويره.
- (41) راجع المحكمة الدستورية العليا ، الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق « تنازع » ، مجموعة الجزء الأول ، ص ٢٧٩ .
- (42) راجع فى شرح هذا العنوان ص ١٠٩ وما بعدها من هذه الرسالة
- (43) راجع التفاصيل ص ٢٢٤ وما بعدها من هذه الرسالة .
- (44) راجع الأحكام محل البحث - تفصيلا - بالباب التطللى بهذه الرسالة ، ص ١٨٩ وما بعدها.
- (45) راجع رسالة د/ مجدى المتوالى السيد يوسف ، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٠ ، ص ٢٨٤ - ٢٨٧ حيث يقترح النص الآتى:
- لرئيس الدولة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب رؤساء المؤسسات الدستورية استنادا إلى المادة ٧٢ من الدستور أن يحيل إلى المحكمة الدستورية العليا أى حكم عيى يكون فاصلا فصلا باتا فى خصومة الدولة طرفا فيها لتقرير مدى دستوريته على أن يتم ذلك فى غضون مدة سنتين يوما من تاريخ صدور الحكم باتا وتبدى المحكمة الدستورية العليا رأيها فى دستورية ذلك الحكم فى مدة لا تتجاوز ستة اشهر من تاريخ إحالته إليها ويكون رأى المحكمة ملزما لجميع مؤسسات الدولة.
- (46) راجع الهامش رقم ١٢١ ص ٨١ من هذا الكتاب .
- (47) راجع ص ٢٢٢ - ٢٢٤ من هذه الرسالة
- (48) راجع د. كمال أبو المجد ، دور المحكمة الدستورية فى حماية الحقوق والحريات ، الأهرام، ٢٧/٦/ ١٩٩٦ .

ب - أبحاث وتعليقات ومقالات وأحاديث

د/ أحمد فتحي سرور

حديث بعنوان:

مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية وليست هناك نية مبيتة ضدها .

حديث لمجلة المصور ، العدد ٢٧٢٧ ، بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٩٦ .

د/ أحمد كمال أبوالمجد

- المذكرتان الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية بتاريخ ٥/٤/ ١٩٩٠ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ .

محاضرة بثروة استقلال القضاء .

مجلة القضاء، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وفق الحاضرة في مسكن الزوجية.

الأهرام، ٨ / ٢ / ١٩٩٦ .

- دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات .

الأهرام، ٢٧ / ٢ / ١٩٩٦ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية وحدود سلطتها .

الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢٠ / ٦ / ١٩٩٧ .

أ/ أحمد كمال خالد

حديث بعنوان :

حكاية المحامي الذي كان وراء حل مجلس الشعب .

مجلة أكتوبر ، ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ .

المستشار السيد على السيد

رقابة القضاء ل دستورية القوانين .

مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

د/ جلال إبراهيم

مقالة بعنوان:

بعض الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .

الأهرام ، ٨ / ٥ / ١٩٩٧ .

د/ جمال العطوفى

ملاحظات حول المحكمة العليا .

مجلة المحاماة ، العدد الأول ، السنة ٥٠ .

الملاحق

- المراجع
- بيان لأهم المختصرات
- الفهرس

المراجع .

أولا ، باللغة العربية

أ - المؤلفات العامة والرسائل

مستشار د/ إبراهيم محمد حسنين

رسالة/ الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى ج.م.ع وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وأثر الحكم الصابر من المحكمة الدستورية العليا .

دار أبو الفضل ، ١٩٩٦ .

د./ أحمد أبو الوها

نظرية الأحكام فى قانون المرافعات .

الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، ١٩٨٠ .

د/ أحمد فتحى سرور

الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية .

دار النهضة العربية، ١٩٩٥ .

د/ أحمد كمال أبو المجد

رسالة / الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر. دار النهضة العربية، ١٩٦٠ .

أ/ أحمد كمال حسن خالد « المحامى »

الصراع مع ترزية القوانين ، ثلاث سنوات دفعا عن الدستور .

دار النصر للطباعة الإسلامية ، ١٩٨٩ .

د/ السيد صبرى

مبادئ القانون الدستورى

الطبعة الرابعة ، مكتبة عبد الله وهبة ، ١٩٤٩ .

د/ بطرس غالى ، د/ محمود عيسى -

المدخل فى علم السياسة .

الطبعة السادسة ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٩٨٢ .

د/ شروت بدوى

- النظم السياسية .

الجزء الأول ، دار النهضة العربية، ١٩٦٢ .

- القانون الدستورى

دار النهضة العربية ، ١٩٧١ .

* القائمة للبحثة بالمتن تضم أهم المراجع ، ولما مراجع عديدة أخرى لتكثيفنا بصدها بالإشارة إليها فى مواضع الاسترشاد بها .

د./جمال الخطيفي

- آراء في الشرعية وفي الحرية .
- الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٠ .

د./جورجي شفيق ساري

- اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير - النطاق - الشروط - الأثر. دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
- الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور .
- دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

مستشار د / حنفي علي جياي

- رسالة / المسئولية عن القوانين «دراسة مقارنة».
- جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ .

أ - خليل جريج

- الرقابة القضائية على أعمال التشريع .
- مطبعة الجبلاي ، ١٩٧١ .

د/رؤوف عبيد

- الرقابة على الدستورية والشرعية في المواد الجنائية .
- مطبعة الاستقلال الكبرى ، ١٩٧٩ .

د/ومزي طه الشاعر

- الأيديولوجية وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة
- مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧٩
- النظرية العامة للقانون الدستوري .
- دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ .

د/سامي جمال الدين

- القضاء الإداري .
- دار الجامعات الجديدة للنشر بالإسكندرية ، بدون سنة نشر .

د/سعاد الشرفاي

- النظم السياسية في العالم المعاصر .
- الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ .
- وبالاشتراك مع المستشار د / عبدالله ناصف .
- نظم الانتخابات في العالم وفي مصر .
- دار النهضة العربية ، مارس ١٩٨٤ .

د/سعد عصفور

- المبادئ الأساسية في القانون الدستوري ، والنظم السياسية .

منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٠

- النظام الدستوري المصري "مستور ١٩٧١".

منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠.

د/ سليمان الطماوى

- قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام.

دار الفكر العربى ، ١٩٧٧ .

- السلطات الثلاث فى الدساتير المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى. الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ .

د/ شمس ميرغنى

القانون الدستورى .

مطبعة دار التأليف ، ١٩٧٧ .

د/ صلاح الدين فوزى

- المجلس الدستورى الفرنسى.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٢

- الدعوى الدستورية.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

د/ طارق فتح الله حُصَر

رسالة / دور الأحزاب السياسية فى ظل النظام النيابى .

جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ .

د/ مليمة الجرف

شروط قبول الدعوى فى منازعات القانون الإدارى .

مكتبة القاهرة الحديثة ، بدون سنة نشر .

مستشار / طه أبو الخير

حرية الدفاع .

منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧١ .

د/ عادل عبد الرحمن خليل

- التقويض غير التشريعى فى القانون الأمريكى والمصرى . «دراسة تطبيقية». دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

- الحكم المحلى فى الولايات المتحدة الأمريكية.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

- مدى دستورية أنظمة تقسيم النواثر الانتخابية فى الولايات المتحدة الأمريكية ومصر.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

مستشار د /عادل عمر شريف

رسالة / قضاء الدستورية «القضاء الدستوري في مصر» .
مطابع دار الشعب بالقاهرة ، ١٩٨٨ .

د /عبد الحميد متولى

- مشكلة إصلاح نظام الانتخاب في مصر .
مطبعة دار نشر الثقافة ، ١٩٤٨ .
- الوسيط في القانون الدستوري .
الطبعة الأولى ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، ١٩٥٦ .

د /عبد الرؤوف السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٢) ،
دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٨ .

د /عبد السلام ذهني

مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة من الناحيتين الفقهية والقضائية .
مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٩ .

د /عبد العزيز محمد محمد سائلان

رسالة / رقابة دستورية القوانين
جامعة عين شمس ، ١٩٩٤ .

د . عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد

الرقابة على دستورية القوانين « دراسة مقارنة » .
الولاء للطبع والنشر بشبين الكوم ، ١٩٩١ .

د / عبد المنعم محفوظ

القضاء الدستوري في مصر .
الطبعة الأولى ، بدون دار نشر ، ١٩٩١ .

د . عزيزة الشريف

دراسة في الرقابة على دستورية التشريع .
مطبعة الفيصل بالكويت ، ١٩٩٥ .

د / على السيد الباز

- رسالة / الرقابة على دستورية القوانين في مصر .
دار الجامعات المصرية بالإسكندرية ، ١٩٧٨ .
- الحقوق والحرريات والواجبات العامة في دستير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بمصر .
توزيع دار الجامعات المصرية ، بدون سنة نشر .

د / علي حسين نجيدة

الرقابة على دستورية القوانين - المحكمة الدستورية العليا - طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها.
دار الفكر العربي، بدون سنة نشر .

د / عمر حلمي

ملاحظات حول حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون الانتخاب رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ومشكلة تمثيل المستقلين.
دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

د / عمرو فؤاد بركات

القوانين الأساسية « دراسة مقارنة » .
بدون دار نشر ، ١٩٨٨ .
- مبادئ القانون الدستوري « دراسة مقارنة » .
بدون دار نشر، ١٩٨٩ .

د / فتحي عبد النبي الوحيدي

رسالة / ضمانات نفاذ القواعد الدستورية .
جامعة القاهرة، ١٩٨٢ .

د / مجدي المتولي السيد يوسف

رسالة / أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية « دراسة مقارنة ».
جامعة عين شمس ، ١٩٩٠ .

د / معسن العبودي

الاختصاص بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب .
دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .

د / محمد حسنين عبد العال

القانون الدستوري .
دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ .

د / محمد صلاح عبد البديع السيد

قضاء الدستورية في مصر .
الطبعة الأولى ١٩٩٣ - ١٩٩٤ ، بدون دار نشر .

د / محمد طه بدوي

مبادئ القانون العامة والنظم السياسية الإدارية .
دار المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ .

د / محمد عبد الحميد أبو زيد

سيادة الدستور وضمان تطبيقه .
دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ .

د/ محمد عزيمى البكرى

شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الإجراءات .
دار محمد للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ .

د/ محمد قندرى حسن

الاستفتاء فى النظام الدستورى المصرى .
بدون دار نشر ، ١٩٩١ .

د/ محمد كامل عبيد

رسالة / استقلال القضاء « دراسة مقارنة » .
الطبعة الأولى، مكتب جى جى للالات الكتابية ، ١٩٨٨ .

د/ محمد كامل ثلالة

القانون الدستورى .
دار الفكر العربى ، ١٩٧١ .
الرقابة على أعمال الإدارة .
دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٠ .

مستشار د/ محمد ماهر أبو العنين

رسالة / الانحراف التشريعى والرقابة على دستوريته « دراسة تطبيقية فى مصر » .
جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ .

د/ محمد مرعشى جهرى

قضاء التعويض ومبدأ المسئولية المدنية للدولة والسلطات العامة .
(الكتاب الثانى)، بدون دار نشر ، ١٩٩٤ .

مستشار / محمد نصر الدين كامل

اختصاص المحكمة الدستورية العليا .
عالم الكتب ، ١٩٨٩ .

د/ محمود حاشق

القرار الإدارى .
الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر .

د/ مصطفى أبو زيد فهمى

الدستور المصرى فقهاً وقضاً .
الطبعة التاسعة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .

د/ نعمان الخطيب

رسالة / الأحزاب السياسية ودورها فى أنظمة الحكم .
جامعة عين شمس ، ١٩٨٢ .

د/ نهى عثمان الزينى

رسالة / مسئولية النولة عن أعمال السلطة التشريعية «دراسة مقارنة» .
جامعة القاهرة، ١٩٨٦ .

د/ هشام صادق

تنازع القوانين .
بنون دار نشر ، ١٩٨٤ .

د/ وحيد رأفت ، د/ وايت إبراهيم

القانون الدستوى .
المطبعة المصرية ، ١٩٣٧ .

د/ يسرى محمد العصار

شرط المصلحة فى دعوى الإلغاء وفى الدعوى الدستورية «دراسة مقارنة» . دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .

ب - أبحاث وتحليلات ومقالات وأحاديث

د / أحمد فتحي سرور

حديث بعنوان:

مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية وليست هناك نية مبيتة ضدها .

حديث لمجلة المصور ، العدد ٣٧٢٧ ، بتاريخ ١٥ / ٢ / ١٩٩٦ .

د / أحمد كمال أبوالمجد

- المذكرتان الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية بتاريخ ١٥/٤/١٩٩٠ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ .
محاضرة بنودة استقلال القضاء .

مجلة القضاء ، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وحق الحاضنة في مسكن الزوجية .

الأهرام ، ٨ / ٢ / ١٩٩٦ .

- دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات .

الأهرام ، ٢٧ / ٢ / ١٩٩٦ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية وحدود سلطتها .

الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .

أ / أحمد كمال خالد

حديث بعنوان :

حكاية المحامي الذي كان وراء حل مجلس الشعب .

مجلة أكتوبر ، ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ .

المستشار السيد على السيد

رقابة القضاء لدستورية القوانين .

مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ، يناير ١٩٥٠ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

د / جلال إبراهيم

مقالة بعنوان:

بعض الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .

الأهرام ، ٨ / ٥ / ١٩٩٧ .

د / جمال العطيضى

ملاحظات حول المحكمة العليا .

مجلة المحاماة ، العدد الأول ، السنة ٥٠ .

مستشار / جميل فكدس

مقالة بعنوان:

المادة ٦٠٦ لا تجيز توريث عقود الإيجار .
الأهرام ، ٤ / ٤ / ١٩٩٧ .

د / سعاد الشرفاوى

مقالة بعنوان:

فى البحث عن الخطوة التالية.
الأهرام ، ٧ / ٧ / ١٩٩٠ .

مستشار / سعيد العشماوى

مقالة بعنوان:

الخطر فى تزايد أسباب المحاكم .
مجلة أكتوبر ، ١٢ / ١٠ / ١٩٩٦ .

د / سليمان الطمماوى

تطبيق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى مايو ١٩٩٠ فى القضية رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية.
مجلة العلوم الإدارية ، السنة ٢٢ ، العدد الأول ، يونيو ١٩٩٠ .
الأساليب المختلفة لمراقبة دستورية القوانين .
مجلة العلوم الإدارية ، السنة ٢٢ ، العدد الثانى ، ديسمبر ١٩٩٠ .

د / سمير قناخو

مقالة بعنوان:

لا تستعملوا فى تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ .
الأهرام ، ٢٥ / ٣ / ١٩٩٧ .

مستشار طه أبو الخير

مقالة بعنوان:

المحكمة الدستورية وسؤال فى الامتحان .
الأهرام ، ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .

مستشار د / عادل عمر شريف

مقالتان بعنوان:

– حصن التشريعية الدستورية .
الأهرام ، ٢ / ١ / ١٩٩٦ .
– المحكمة العليا وتطوير الأداء القضائى .
الأهرام ، ١٦ / ١٢ / ١٩٩٦ .

د / عبد الرؤوف السنهورى

مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

مجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٢ .

مستشار / عيد المنعم إسحاق

مقالة بعنوان:

ما مصير الشركات القائمة في الأماكن المهجرة ؟.

الأهرام، ١٩ / ٧ / ١٩٩٦ .

مستشار / عزيز أقيس

مقالة بعنوان:

شروط الطعن بالنقض على أحكام المحكمة العليا للقيم.

الأهرام، ٢١ / ٢ / ١٩٩٧ .

مستشار / على الصادق

بحث بعنوان:

رقابة القضاء على السلطة التشريعية

مذكرات مطبوعة بالمركز القومي للدراسات القضائية .

مستشار د/ عوض محمد عوض المر

مقدمة الجزء السادس لأحكام المحكمة الدستورية العليا

حديث بعنوان

« دم المحكمة الدستورية ضمانات جوهرية للديمقراطية ».

المصور، العدد ٣٧٧٨ ، ٢٢ / ٢ / ١٩٩٦ .

مستشار / محمد السيد زهران

الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا .

مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول ، السنة الرابعة عشر .

مستشار / محمد حامد التجل

حديث بعنوان:

المنع بأمر المحكمة .

الأهرام ، ١٢ / ١٠ / ١٩٩٦

د / محمد عصفور

مقالة بعنوان:

هل تحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسي؟.

الوفد، ١٧ / ٧ / ١٩٩١

أ/ محمد ماهر على

تجربة صناديق الاستثمار في مصر.

بحث مقدم لنفذة صناديق الاستثمار في مصر ، المنعقدة بتاريخ ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ بجامعة الأزهر ، مركز صالح عبدالله

كامل للاقتصاد الإسلامى.

د / محمود عاطف البينا

الرقابة القضائية على دستورية اللوائح .

مجلة القانون ، العددان الأول والثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .

مفاهيم أساسية حول الحكم ببطلان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه ، مجلة القضاء، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

د / مصطفى أبو زيد فهمي

مقالتان بعنوان:

- نحو نقد علمى لقضاء المحكمة الدستورية العليا .

الأهرام ، ١٧ / ٦ / ١٩٩٦ .

- نعم المحكمة الدستورية العليا خالفت الدستور والقانون.

الأهرام ، ١٠ / ٧ / ١٩٩٦ .

د / مصطفى كمال وصفي

طبيعة اختصاصات المحكمة العليا.

مجلة المحاماة ، العدد الرابع ، السنة ٥٠ ، إبريل ١٩٧٠ .

دكتور / يعقوب الجمل

بحث بعنوان:

- الحماية القضائية للحق فى المشاركة السياسية .

مقدم لمؤتمر دور القضاء فى حماية حقوق الإنسان، القاهرة ، ديسمبر ١٩٩٦ .

مقالة بعنوان.

- المحكمة الدستورية العليا .

الأهرام ، ٢٩ / ٢ / ١٩٩٧ .

المترجمات

آلان مارتنسورث

مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة، ١٩٨٨ .
ترجمة د / رائد السمرة ، سنة ١٩٩٠ ، مركز الكتب الأرينى .

برنارد شوارتز

القانون في أمريكا، ١٩٧٤ .
ترجمة المستشار ياقوت العشموى ، سنة ١٩٨٠ ، دار المعارف .

جان جاك روسو

العقد الاجتماعى.
ترجمة عادل زعير ، دار المعارف بمصر ١٩٥٤ .

فريدو. فرنديلى، مارتاج هـ - اليوت

قضايا دستورية ، ١٩٨٤ .
ترجمة المستشار ياقوت العشموى ١٩٨٨ ، دار المعارف .

ماكس سكيدمور، مارشال كارتير وانك

كيف تحكم أمريكا .
الطبعة الثالثة ، ترجمة نظلى لوقا، محمد على ناصف ١٩٨٨ ، الدار الدولية للنشر والتوزيع .

(د) مجموعات والأحكام والمبادئ القانونية الدستورية

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا « المجموعة الرسمية الصادرة عن المحكمة » .
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا « المجموعة الصادرة عن الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية » .
 - مستشار / أحمد هبة .
- موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية من يوليو سنة ١٩٨٧ حتى يوليو سنة ١٩٩٥ ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥ ، بدون دار نشر .
- مستشار / رجب عبد الحكيم سليم .
- مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها حتى الآن ، الكتاب الأول في إيجاز الأماكن .
 - الطبعة الأولى ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٩٧ .
 - د/ علي عوض حسن .
- النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا وحتى يونيو ١٩٩٥ .
 - دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .
 - / هشام أنسور .
- الوسيط في الدستور المصري وأحكام المحكمة الدستورية العليا .
 - أولاد عثمان للكمبيوتر وطباعة الأوفست ، ١٩٩٤ .
- مستشار / ياقوت العشماوي والمستشار / عبد الحميد عثمان .
- أحكام وقرارات المحكمة العليا ، الجزء الأول ، في الدعوى الدستورية .
 - الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٧٣ .

ثانيا : باللغة الإنجليزية

Abney (L.D.);

Constitutional Interpretation : Moving Toward A Jurisprudence of Common Sense, 67 Temple, L. Rev. (1994) :

Abraham (J.H.) ;

The Judicial Process,
4th Ed., New York, Oxford University Press, 1980.

Alstine (V.) ;

A critical Guide to Ex. Part McCordle,
15 Aziz L.Rev. 1973.

Baum (L.) ;

The Supreme Court, 2nd Ed., CQ Press
2nd Ed., CQ Press, 1985.

Bloom (H.L., JR) ;

Taking The People Seriously,
Vol. 79 : 885 Cornell. Law, Rev. 1994.

Bork (R.);

Neutral Principles and Some First Amendment Problems,
47 Indiana, L. Journal. (1971).

Brennan (J.W.) ;

The National Court, Appeals, Another Dissent,
Chicago L. Rev. (Spring 1973).

Cordozo (N.B.) ;

The Nature of the Judicial Process,
New Haven Yale University Press, (1921).

Cosper (D.J.) ;

Lawyers Before the Warren Court, Civil Liberties and Civil Rights, 1975 - 66,
Urbans : University of Illinois Press, (1972).

Congerubijt (E.) ;

Is the Rehnquist Court Really that Conservative ? : An Analysis of the 1991 - 92 Term.
26 Creighton L. Rev. 1993.

Cox (A.) ;

The Court And The Condition,
Houghton Mifflin Company

Crane (R. L.) ;

Family Values and the Supreme Court,
Vol. 25 : 393 Connecticut L. Rev. 1993.

Dahl (R.) ;

Decision Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy Maker,
J. Pub. Law, 1957.

Fisher (L.) ;

Constitutional Structures : Separated Powers and Federalism, Vol. 1 Of American
Constitutional Law,
Mc Graw Hill Publishing Company, 1990.

Gerhardt (J.M.) ;

A tale of two textualists : A critical comparison of Justices Black and Scalia,
Vol. 74, 25 Boston University, L. Rev. 1994.

Joldestein (J.) ;

The Intelligible Constitution. New York, Oxford University Press, 1992.

Gunthar (G.) ;

11th, Ed., The foundation Press, Inc. New York, 1985.

Kahn (R.) ;

The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution
Detroit College of Law Rev. (1994)

Levely (E.D.) ;

Judicial Review and the Consent of the Government , Actionist Ways and Popular Ends.
McForaland & Company, Inc. 1990.
The Constitution and Race, Praeger, 1992.

Mann (J.) ;

Avagrant Takes the Cause to the Court,
The American Lawyer, January, 1983.

Season of Last Causes ;

The American Lawyer, November, 1983.

McKeever (J.R.) ;

Raw Judicial power ? The Supreme Court and American Society,
Manchester University and New York, 1993.

Mikva (J.A.) ;

The Care and Feeding of the United States Constitution, Vol. 91.112 Michigan L. Rev.
May (1993).

Nelson (P.J.) ;

The Emergence of Decontextualization in the equal protection Jurisprudence of the
United States Supreme Courts Vol. 29 : 669 Williamette, L. Rev. (1993).

Schauer (F.) ;

Judicial Review of the Devices of Democracy, Vol. 94 : 1326 Columbia L. Rev. (1994).

Seiarrino (J.A.) ;

The Rehnquist Court's free Exercise Collision on the Peyate Road.

Vol. 23 : 265 Cumberland L. Rev. (1993).

Segal (J.A) and Speath (J.H.);

The Supreme Court and the Attitudinal Model, Cambridge University Press, America, 1993.

Smith (E.C.) ;

Politics in Constitutional Law,

Nelson - Hal Publishers / Chicago, 1992.

Smith (E.C) and Jones (A.A.) ;

The Rehnquist Court's A critisim and the Risk of Injustice,

Vol 26 : 53 Connecticut L. Rev. (1993) .

Spoeth (J.H.) and Pronner (S.) ;

Studies in U.S. Supreme Court Behavior.

Stephenson (G. D, JR.) :

An essential safeguard, Essays on the United Stats Supreme Court and the Justices, Greenwood Press, 1991.

Stone (R.G.) and others ;

Constitutional Law, 2nd Ed.

Little, Brown and Company, 1991

Willington (11.11.):

Interpretation the Constitution

Yale Unviersity Press, New Haven & London, 1990.

ثالثا : باللغة الفرنسية :

Barthelemy (J) et Luexz (P);

Traite de Droit Constitutionnel.

Liberaire Dalloz, Paris, 1933.

Burdeau (G.) ;

Droit Constitutionnel et institutions politiques,

17 eme Ed., L.G. D.J., Paris, 1976.

Abney (L.D.);

Corré de Malbery (B.)

Contribution à la Theorie Générale de l'Etat,

t.2, Siery, Paris, 1922.

Dugiut (L.) ;

Jes Constitutionnel et Jes Principes lois politiques de la france Depuis, 1789,

L.G. D.J. Pars, 1932.

Duverger (M.) ;

Institutions politiques et Droit Constitutionnel,

8eme Ed., Rev. F. , Paris, 1965.

Hauriou (A.) et Gicquel (J.) ;

Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.

Septieme Ed., Editions Montchredian, Paris, 1980.

Laferriere (J)

Droit Constitutionnel,

Deuxième Edition, Editions Domat Montchrestien Paris, 1974.

Luchaire (F) et Conac (G.) ;

Ja Constitutions de la Republique française; 2eme Ed., Editions Economica, Paris, 1987.

Manuel de Droit Constitutionnel;

Librarire du Recuel , Paris, 1949.

بيان لأهم المختصرات

- "U.S." : United States Reports .

وهي المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية والرقم الذي يسبقها يشير إلى رقم المجلد والرقم الذي يليها يشير إلى رقم الصفحة التي ورد بها الحكم، أما الرقم الأخير فيشير إلى سنة صدور الحكم.

وحتى عام ١٨٨٢ كانت هذه المجموعة تعرف بأسماء المقررين "Reports" الذين تعاقبوا في الإشراف على إعدادها للنشر مثل "Wallace" ويشار إليه اختصارا "Wall." والرقم الذي يسبق الاسم حين إذ يشير إلى رقم المجلد الذي يوجد به الحكم والذي صدر في عهد المقرر المذكور.

- "S.Ct." Supreme Court .

وهي المجموعة غير الرسمية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية، ونظرا لأن الحكم يحتاج إلى فترة طويلة قبل توثيقه بالمجموعة الرسمية «حوالي ١٨ شهرا من تاريخ صدوره»، فإنه يظهر ابتداء بتلك المجموعة غير الرسمية، وتتبع ذات القاعدة الأنفة في الإشارة إلى الحكم.

- "Annals" : Annual Registration of Records.

- "A": Political Sciences Categorization in the American Journals, press and magazines.

- "R." : Recueil Des Arrêts Du Conseil d'Etat Recueil Lebon .

- "R.D. P." : Revue Du Droit Public et De la Science Politique.

الفهرس

٩	مقدمة
١٥	الباب الأول
	نشأة الرقابة الدستورية . فى أمريكا ومصر
١٧	الفصل الأول: نشأة الرقابة الدستورية فى أمريكا
١٧	المبحث الأول: مصادر الرقابة الدستورية
٢٩	المبحث الثانى: كيفية اختيار قضاء المحكمة العليا الأمريكية
٤١	المبحث الثالث: محل الرقابة الدستورية
٤٥	الفصل الثانى: تطور الرقابة على دستورية القوانين فى النظام الدستورى المصرى
٤٦	المبحث الأول: رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا
٥٤	المبحث الثانى: رقابة دستورية القوانين فى ظل المحكمة العليا
٦١	المبحث الثالث: الرقابة على دستورية القوانين فى ظل المحكمة الدستورية العليا
٨٥	الباب الثانى
	تحريك الرقابة الدستورية
٨٧	الفصل الأول: أساليب ممارسة رقابة الدستورية فى أمريكا
٨٧	المبحث الأول: أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون
٨٨	المبحث الثانى: أسلوب أوامر المنع
٩٠	المبحث الثالث: أسلوب الأحكام التقريرية
٩٢	الفصل الثانى: كيفية تحريك الرقابة أمام المحكمة الدستورية العليا . فى مصر
٩٤	المبحث الأول: طريقة الدفع
٩٧	المبحث الثانى: طريقة الإحالة
٩٩	المبحث الثالث: الهيئات ذات الاختصاص القضائى التى تتساوى مع المحاكم فى الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى الدستورية
١٠٦	المبحث الرابع: طريقة التصدى
١١٥	الفصل الثالث: الرقابة أمام المحكمة العليا الأمريكية وارتباطها بالقضيه
١١٦	المبحث الأول: التنظيم القضائى
١١٨	المبحث الثانى: الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت فى الأمر

١٢١	الفصل الرابع: شروط قبول الدعوى الدستورية فى مصر
١٢٢	المبحث الأول: اختصاص المحكمة أصلاً بنظر الدعوى
١٢٢	المبحث الثانى: شرط المصلحة
١٢٦	المبحث الثالث: تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية أو وجود قرار إحالة منها
١٢٧	المبحث الرابع: رفع الدعوى بطريقة الدفع فى الميعاد من صاحب الصفة
١٢٩	المبحث الخامس: شروط التدخل فى الدعوى الدستورية
١٣٠	المبحث السادس: التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا من شروط قبول الدعوى الدستورية

١٣٩ الباب الثالث

	تحليل الرقابة على دستورية القوانين
	فى القضاء الدستورى الأمريكى والمصرى
١٤١	الفصل الأول: التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية
	لدستورية القوانين

١٤١	المبحث الأول: الحرية الدينية
١٤٥	المبحث الثانى: القيم العائلية
١٤٨	المبحث الثالث: حق الملكية
١٥٠	المبحث الرابع: المساواة
١٥٣	المبحث الخامس: حقوق المتهمين الجنائيين
١٥٦	المبحث السادس: الفصل بين السلطات
١٦٤	المبحث السابع: الفيدرالية
١٦٧	الفصل الثانى: اتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى ممارستها

	للىرقابة على دستورية القوانين
١٦٧	المبحث الأول: مجال الحقوق السياسية
١٨٩	المبحث الثانى: المجال الاقتصادى
٢٠٨	المبحث الثالث: مجال الحقوق الجنائية
٢٢١	المبحث الرابع: مجال الشريعة الإسلامية

٢٤٣ الباب الرابع

	الحكم الدستورى ومبدأ التقيد الذاتى
٢٤٥	الفصل الأول: المراحل التى يمر بها الحكم الدستورى
٢٤٥	المبحث الأول: المراحل التى يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية
٢٤٨	المبحث الثانى: المراحل التى يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا
٢٥١	الفصل الثانى: العوامل المؤثرة فى إصدار الحكم الدستورى
٢٥١	المبحث الأول: طريقة التفسير الدستورى التى تنتهجها أغلبية المحكمة
٢٥٩	المبحث الثانى: قيم القضاء الشخصية

٢٦٢	المبحث الثالث: نص القانون محل الطعن
٢٦٣	المبحث الرابع: البيئة المحيطة بالمحكمة
٢٦٧	المبحث الخامس: دور رئيس المحكمة
٢٦٩	المبحث السادس: مدى تجاوب القضاة مع بعضهم وطبيعة العلاقات بينهم
٢٧٢	المبحث السابع: رأينا في الموضوع
٢٧٥	الفصل الثالث: مبدأ التقييد الذاتي
٢٧٦	المبحث الأول: عناصر مبدأ التقييد الذاتي في أمريكا
٢٨٤	المبحث الثاني: ما لا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي
٢٨٨	المبحث الثالث: مبدأ التقييد الذاتي في مصر
٢٩٩	الباب الخامس
	محاولات الحد من دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا في مصر
٣٠١	الفصل الأول: محاولات الحد من دور المحكمة العليا الأمريكية
٣٠١	المبحث الأول: التعديل الدستوري
٣٠٥	المبحث الثاني: سحب السلطة القضائية الاستثنائية
٣٠٧	المبحث الثالث: زيادة عدد أعضاء المحكمة
٣١٠	المبحث الرابع: عدم الإذعان لحكم المحكمة
٣١٥	الفصل الثاني: مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا
٣١٦	المبحث الأول: رأى د/ أحمد فتحي سرور رئيس مجلس الشعب والرد عليه
٣١٨	المبحث الثاني: رأى د/ مصطفى أبو زيد والرد عليه
٣٢٢	المبحث الثالث: رأى د/ كمال أبو المجد
٣٢٤	المبحث الرابع: رأينا في الموضوع
٣٢٩	الفصل الثالث: مستقبل الرقابة القضائية الدستورية
٣٣٠	المبحث الأول: مستقبل الرقابة الدستورية المشرق
٣٣٤	المبحث الثاني: نصوص يتوقع القضاء بعدم دستورتها
٣٤١	الباب الختامي
	مدى إمكانية الاستفادة من التجربة الأمريكية والتوصيات الختامية
٣٤٣	الفصل الأول: الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية
٣٤٣	المبحث الأول: النظريات المختلفة حول الدور الدستوري للمحكمة العليا
٣٤٥	المبحث الثاني: رأينا حول تقييم أداء المحكمة العليا الأمريكية

الفصل الثاني: الدور الدستوري لمحكمة الدستورية وبعض الدروس. ٣٥١
المستفادة من التجربة الأمريكية

٣٥١ المبحث الأول: الدور الدستوري لمحكمة الدستورية

٣٥٤ المبحث الثاني: بعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية

٣٥٧ الفصل الثالث: التوصيات الختامية

٣٧٣ الملاحق

٣٧٥ - المراجع

٣٧٥ مراجع عربية

٣٨٨ مراجع إنجليزية

٣٩١ مراجع فرنسية

٣٩٢ بيان لأهم المختصرات

٣٩٣ الفهرس

قائمة إصدارات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

أولاً : سلسلة مناظرات حقوق الإنسان :

- ١ . ضمانات حقوق الإنسان في ظل الحكم الذاتي الفلسطيني (بالعربية والإنجليزية) : منال لطفي ، خضر شقيرات ، راجي الصوراني ، فاتح عزام ، محمد السيد سعيد.
- ٢ . الثقافة السياسية الفلسطينية - الديمقراطية وحقوق الإنسان : محمد خالد الأزعر ، أحمد صدقي الدجاني ، عبد القادر ياسين ، عزمي بشارة ، محمود شقيرات .
- ٣ . ضمانات حقوق اللاجئين الفلسطينيين والتسوية السياسية الراهنة: محمد خالد الأزعر، سليم مملوي، صلاح الدين عامر، عباس شبلق، عبد العليم محمد، عبد القادر ياسين.
- ٥ . الإصلاح الليبرالي المتعثر في مصر وتونس. جمال عبد الجواد، أبو العلا ماضي، عبد الغفار شكر، منصف المرزوقي، وحيد عبد المجيد.

تحت الطبع :

- ٤ . حقوق الإنسان في ظل النظم الشمولية - حالة السودان ١٩٨٩ - ١٩٩٤ . علاء قاعود

ثانياً : كراسات مبادرات فكرية :

- ١ . الطائفية وحقوق الإنسان : فيوليت داغر.
- ٢ . الضحية والجلاد : هشام مناع.
- ٣ . ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية : فاتح عزام (بالعربية والإنجليزية).
- ٤ . حقوق الإنسان في الثقافة العربية والإسلامية : هشام مناع (بالعربية والإنجليزية).
- ٥ . حقوق الإنسان وحق المشاركة وواجب الحوار : د. أحمد عبدالله.
- ٦ . حقوق الإنسان - الرؤيا الجديدة : منصف المرزوقي.
- ٧ . تجديدات الحركة العربية لحقوق الإنسان : تقديم وتحرير : هي الدين حسن (بالعربية والإنجليزية).
- ٨ . نقد دستور ١٩٧١ ودعوة لدستور جديد: أحمد عبد الحفيظ
- ١٠ . المواطنة في التاريخ العربي الإسلامي : د. هشام مناع. (بالعربية والإنجليزية).

ثالثاً : كراسات ابن رشد :

- ١ . حرية الصحافة من منظور حقوق الإنسان. تقديم : محمد السيد سعيد - تحرير : هي الدين حسن.
- ٢ . تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنسان : التيار الإسلامي والماركسي والقومي. تقديم : محمد سيد أحمد - تحرير : عصام محمد حسن. (بالعربية والإنجليزية).

٣ . التسوية السياسية : الديمقراطية وحقوق الإنسان. تقدم : عبد المنعم سعيد - تحرير : جمال عبد الجواد . (بالعربية والإنجليزية).

رابعاً : تعليم حقوق الإنسان :

- ١ . كيف يفكر طلاب الجامعات في حقوق الإنسان ؟ (ملف يضم البحوث التي أعدها الدارسون - تحت إشراف المركز - في الدورة التدريبية الأولى ١٩٩٤ للتعليم على البحث في مجال حقوق الإنسان).
- ٢ . أوراق المؤتمر الأول لشباب الباحثين على البحث المعرفي في مجال حقوق الإنسان (ملف يضم البحوث التي أعدها الدارسون - تحت إشراف للمركز - في الدورة التدريبية الثانية ١٩٩٥ للتعليم على البحث في مجال حقوق الإنسان).
- ٣ . مقدمة لفهم منظومة حقوق الإنسان. محمد السيد سعيد

خامساً : مبادرات نسائية:

- ١ . موقف الأطباء من ختان الإناث. أمال عبد الهادي
- ٢ . لا تراجع: كفاح قرية مصرية للقضاء على ختان الإناث . أمال عبد الهادي

مطبوعات دورية:

- ١ . " سواسية " : نشرة دورية باللغتين العربية والإنجليزية.
- ٢ . رؤى مفارقة : مجلة غير دورية بالتعاون مع مجلة MERIP .
- ٣ . رواق عربي : دورية بحثية باللغتين العربية والإنجليزية.
- ٤ . قضايا الصحة الإنجابية: مجلة غير دورية بالتعاون مع مجلة Reproductive Health

إصدارات مشتركة :

- أ - بالتعاون مع المجلس القومي للمنظمات غير الحكومية :
 - ١ - التشويه الجنسي للإناث (الختان) : أوهام وحقائق / د. سهام عبد السلام
 - ٢ - ختان الإناث / أمال عبد الهادي
- ب - بالتعاون مع المؤسسة الفلسطينية للدراسة الديمقراطية (مواطن)
 - ١ - إشكاليات تعثر التحول الديمقراطي في الوطن العربي / تحرير د. محمد السيد سعيد، د. عزمي بشارة
- ج - بالتعاون مع جماعة تنمية الديمقراطية و المنظمة المصرية لحقوق الإنسان
 - ١ - من أجل تحرير المجتمع المدني: مشروع قانون بشأن الجمعيات و المؤسسات الخاصة.

الطروحات جامعية

تأتي هذه السلسلة كتطور طبيعي للمهمة التي أخذها مركز القاهرة على عاتقه من دفع العمل البحثي في مجال حقوق الإنسان وخاصة في البحث عن مقاربات جديدة لدراسة قضية حقوق الإنسان بأبعادها المختلفة في العالم العربي.

وتستهدف هذه سلسلة من ناحية تشجيع الباحثين العرب على إعداد رسائل الماجستير والدكتوراه في مجال حقوق الإنسان، ومن ناحية أخرى سد فراغ المكتبة العربية في مجال الدراسات الأكاديمية في مجال حقوق الإنسان، وذلك من خلال نشر أبرز هذه الأطروحات وجعلها في متناول القارئ العربي.